

BAND I/13

DORIS KÖNIG, DIRK UWER (HRSG.)

# GRENZEN EUROPÄISCHER NORMGEBUNG

EU-Kompetenzen und Europäische Grundrechte



BUCERIUS LAW SCHOOL

---

PRESS

# BUCERIUS LAW SCHOOL PRESS

## **Schriften der Bucerius Law School**

Herausgegeben von

Michael Fehling

Thomas Rönna

Karsten Schmidt

**Band I/13**

Doris König, Dirk Uwer (Hrsg.)

## **Grenzen europäischer Normgebung**

– EU-Kompetenzen und Europäische Grundrechte –

Verlag:

Bucerius Law School Press

– Verlag der Bucerius Law School, Jungiusstr. 6, D-20355 Hamburg

Herausgeber dieses Bandes:

Prof. Dr. Doris König, M.C.L.

Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.

Herausgeber der Reihe:

Prof. Dr. Michael Fehling

Prof. Dr. Thomas Rönna

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2015

Herstellung und Auslieferung: tredition GmbH, Hamburg

ISBN: 978-3-86381-062-7

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS  
LAW SCHOOL IST EINE  
GRÜNDUNG DER



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung

## Key Note

- A. *Zu den Ursachen*
- B. *Brüchige finalité européenne*
  - I. Das Friedensargument
  - II. Das Binnenmarktargument
  - III. Das Deutschen-Argument
  - IV. Das imperiale Argument
  - V. Spezifische Interessenlagen
- C. *Bundesstaat kein Modell*

## Rechtsangleichung in der EU – wie weit reicht die Einzelermächtigung zur Binnenmarktharmonisierung?

- A. *Einführung*
- B. *Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Ausgangspunkt*
- C. *Binnenmarkt und europäische Kompetenzordnung*
  - I. Zum Verständnis der Binnenmarktkompetenz – eine ausschließliche Zuständigkeit der EU?
  - II. Binnenmarktkompetenz, Wahl der richtigen Rechtsgrundlage und horizontale Kompetenzkonflikte
  - III. Binnenmarktkompetenz und vertikale Kompetenzkonflikte
    - 1. Das Regelungsziel als Auslöser der Kompetenzambivalenz
    - 2. Vom horizontalen Kompetenzkonflikt zum vertikalen Kompetenzkonflikt

IV. Zur konkreten Reichweite der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV

*D. Reformüberlegungen*

I. Einführung

II. Abschaffung der Binnenmarktkompetenz im Rahmen einer Vertragsänderung?

*E. Zusammenfassendes Ergebnis in Thesen*

**Subsidiarität durch politische Verhandlung – Art. 5 Abs. 3 EUV als Verständigungsauftrag**

*A. These*

*B. Subsidiarität als materiales Ordnungskonzept? Rechtspositive Regelungsmängel und integrationspolitische Gleichgültigkeit*

I. Kritik der vertraglichen Konzeption

1. Bezugspunkt der Subsidiaritätskontrolle: Politische Ziele der EU-Organe
2. Unschärfe der Operationalisierungsmaßstäbe

II. Subsidiarität in der Rechtspraxis

1. Indifferenz des Europäischen Gerichtshofs
2. Unwilligkeit der Europäischen Kommission
3. Eine Fallstudie: Der Streit um die Regelung der Flughafengebühren
4. Ratlosigkeit der Wissenschaft

III. Politische Unterschiede in der Beurteilung eines Subsidiaritätsbedürfnisses

IV. Ernüchternde Zwischenbilanz nach zwanzig Jahren

*C. Die Umstellung der Rationalität durch das Frühwarnsystem*

I. Perspektiven der Zuordnung von Rüge und Klage

II. Subsidiarität in Räumen politischer Verhandlung

- D. Folgerungen für die Kontrolltätigkeit des BVerfG*
- E. Materiale Subsidiarität durch politische Entscheidung*

## **Harmonisierung und Optionalität – stehen Öffnungsklauseln der Verwirklichung des Binnenmarkts entgegen?**

- A. Einführung*
- B. Begriffe*
- C. Methoden der Harmonisierung*
  - I. Vollharmonisierung*
  - II. Teilharmonisierung*
  - III. Mindestharmonisierung*
  - IV. Horizontale und vertikale Harmonisierung*
    - 1. Horizontale Harmonisierung*
    - 2. Vertikale Harmonisierung*
  - V. Von der Vollharmonisierung zur „neuen Strategie“ und retour?*
- D. Rechtsgrundlagen und Vorgaben für Harmonisierungsmaßnahmen*
  - I. Einschlägige Rechtsgrundlagen*
    - 1. Art. 114 AEUV: Maßnahmen zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt*
    - 2. Art. 115 AEUV: Richtlinien zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt*
    - 3. Art. 113 AEUV: Regelungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über indirekte Steuern*
    - 4. Art. 53 AEUV: Koordinierungsregelungen für selbstständige Tätigkeiten*
    - 5. Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV: Mindestvorschriften betreffend soziale Sicherheit*
    - 6. Art. 192 AEUV: Maßnahmen zum Schutz der Umwelt*
  - II. Zusätzliche Vorgaben*



1. Subsidiaritätsprinzip
  2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit
  3. Beachtung der Grundfreiheiten und der Grundrechte
- E. Wirkung von Mindestharmonisierungsmaßnahmen*
- I. Erlaubnis zur Abweichung nach oben
  - II. Verpflichtung zur Beachtung des primären Unionsrechts
  - III. Fehlen von Freiverkehrsfähigkeit
  - IV. Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung
- F. Ergänzung durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung*
- I. Rechtsgrundlagen
  - II. Voraussetzungen
  - III. Inhalt
  - IV. Rechtswirkungen
- G. Wirkung von Teilharmonisierungsmaßnahmen*
- I. Erlaubnis zur Abweichung
  - II. Verpflichtung zur Beachtung des primären Unionsrechts
  - III. Freiverkehr
  - IV. Inlands-/Inländerdiskriminierung
- H. Erforderlichkeit und Wirkungen von Freiverkehrsklauseln*
- I. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen*

## **Zusammenfassung der ersten Diskussion zum Symposium – Grenzen europäischer Normgebung**

**Die grundrechtliche Prüfungsdichte des EuGH seit dem Vertrag von Lissabon – entwickelt sich die bisherige Vertretbarkeitskontrolle zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung?**

- A. Grundrechtsdefizite*

- I. Die prätorische Grundrechtsgarantie
- II. Unzureichende Verhältnismäßigkeitsprüfung
- III. Bananenmarkt-Urteil als Beispiel für die Vertretbarkeitsprüfung
- B. *Schutz der Unionsgrundrechte durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip im 21. Jahrhundert*
  - I. Verschärfung der Grundrechtskonflikte
  - II. Veränderungen im Grundrechtsschutz nach Lissabon
    - 1. Geschriebener Grundrechtskatalog – klarere Strukturen
    - 2. Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh . 87
  - III. Richterliche Grundrechtskontrolle auf der Basis der GRCh
    - 1. Rs. *Schecke und Eifert*
    - 2. Rs. *Sky Österreich*
    - 3. Rs. *Digital Rights Ireland Ltd.*
  - IV. Erhöhung der grundrechtlichen Kontrolldichte in Bezug auf Abwägungsvorgänge
- C. *Neuausrichtung der Unionsrechtsordnung am Maßstab der Grundrechte*
  - I. Gründe für die bisherige Vertretbarkeitsprüfung
  - II. Konsens über den Inhalt des Grundrechtsschutzes seit Lissabon
- D. *Fazit*

**Der Einfluss mitgliedstaatlicher Grundrechtsgewährleistungen auf die Charta der Grundrechte – Wie konsistent sind die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten?**

- A. *Einleitung*
- B. *Rechtserkenntnisquelle*

- I. Grundrechte als Richterrecht
  - 1. Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen
  - 2. Wertende Rechtsvergleichung
    - a. Rechtsvergleich
    - b. Auswahl durch Wertung

- II. Kritik – das Fallbeispiel Mangold (2005)

- III. Einordnung

- 1. Unschärfen
  - 2. Rechtsvergleichende Substanz
  - 3. Offene Fragen

- IV. Zwischenbefund

- C. *Kodifizierungsdimension*

- I. Vertrag von Maastricht 1992
- II. Vertrag von Lissabon 2009
- III. Die Charta und die richterrechtlich entwickelten Grundrechte
- IV. Die Wiederkehr der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen
- V. Zwischenbefund

- D. *Abwehrdimension*

- I. Einzelkonflikte mit mitgliedstaatlichen Traditionen?
- II. Motivsuche
  - 1. Rechtliches Motiv: Der Kampf gegen die *ERT*-Rechtsprechung des EuGH
  - 2. Sonstige Motive für den britischen Widerstand gegen die Charta
  - 3. Die polnische Motivation für die Beteiligung am Grundrechte-Protokoll
  - 4. Zwischenergebnis: Grenzen der Wertegemeinschaft?

### III. Strukturelle Grenzen? Grundrechte als Teil der Verfassungsidentität

1. Das Beharren auf einem nationalen Schutzkonzept: Die Solange II-Rechtsprechung
2. Grundrechte als Teil der Verfassungsidentität?

### IV. Zwischenergebnis

#### *E. Schlussbetrachtung*

## **Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Verbesserung des Grundrechtsschutzes durch Erweiterung des Schutzniveaus**

#### *A. Ausgangspunkt: Ähnliche Maßstäbe und Kompetenzen*

#### *B. Zur Koordinierung von EMRK und Grundrechtecharta*

#### *C. Die Praxis der Gerichte vor und nach dem Beitritt*

#### *D. Schauplätze der Schutzverstärkung durch die Rechtsprechung*

##### *I. Verschiebungen und Verstärkungen im Rahmen des Schutzbereichs*

##### *II. Verschiebungen und Verstärkungen hinsichtlich der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage*

##### *III. Verschiebungen und Verstärkungen bei der Bestimmung des legitimen Ziels*

##### *IV. Verschiebungen und Verstärkungen auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit*

#### *E. Die prozedurale Seite*

##### *I. Wechselwirkungen zwischen EuGH und EGMR*

##### *II. Das künftige Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und dem EuGH*

#### *F. Ausblick*

## **Zusammenfassung der zweiten Diskussion zum Symposium – Grenzen**

**europäischer Normgebung**

**Schlussbemerkungen**

**Autorenverzeichnis**

# Einleitung

Grenzen europäischer Normgebung

– EU-Kompetenzen und Europäische Grundrechte –

Symposium am 19. März 2014

im Gesellschaftshaus Palmengarten, Frankfurt am Main

## I.

Die Idee für ein Symposium zu den Grundsatzfragen der Kompetenzordnung in der Europäischen Union und der Europäischen Grundrechte entstand aus der Praxis des Europarechts, konkret aus intensiven und thematisch vielfältigen Diskussionen über Umsetzungs- und Auslegungsfragen des unionalen Sekundärrechts und die Bedeutung primärrechtlicher Vorgaben kompetenzieller und materiellrechtlicher Art. Rund fünf Jahre nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und der Verkündung des Lissabon-Urteils des Bundesverfassungsgerichts schien es an der Zeit, dass die Praxis die Wissenschaft des Europarechts nicht nur um eine Zwischenbilanz zu diesen beiden für die europäische Rechtsentwicklung zentralen Ereignissen bittet, sondern auch darum, auf der Basis einer fundierten Bestandsaufnahme den Blick auf die Zukunft der rechtlichen Verfassung Europas zu weiten.

Wissenschaft und Praxis sehen sich gleichermaßen mit dem Befund konfrontiert, dass die Fülle europäischer Normen stetig zunimmt. Ob in der Finanzbranche, auf den Energiemärkten, im Gesundheitswesen und vielen anderen Referenzgebieten, die Rechtsetzung der letzten Jahre zeigt einen deutlichen Trend zu mehr staatlicher, vor allem aber auch supranationaler Regulierung. Diese Entwicklung wirft im legislativen Mehrebenensystem Fragen nach der Reichweite und der Durchsetzung der EU-Kompetenzordnung und zu den europäischen Grundrechten auf – elementare Fragen aus der Sicht von Unionsbürgern und nicht zuletzt von

Binnenmarktteilnehmern, zumal wenn sie auf global konvergenten Märkten divergenter Regulierung unterworfen sind.

Treffender als mit der Parömie Charles de Gaulles “Nicht immer helfen in komplexen Sachfragen einfache Gedanken.” konnte daher der Nestor des Europarechts, Prof. Wernhard Möschel (Universität Tübingen), seine Key Note zur Einstimmung auf das Symposium kaum einleiten. Komplexe Sachfragen verlangen nach differenzierten juristischen Antworten, und dass diese von sechs der renommiertesten akademischen Vertreter des Europarechts vor rund 100 Vertretern aus Wissenschaft und Praxis im Festsaal des Gesellschaftshauses des Frankfurter Palmengartens gegeben werden konnten, ist zuvörderst Frau Prof. Doris König, Inhaberin des Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhls für Internationales Recht und seinerzeit Präsidentin der Bucerius Law School sowie seit dem 2. Juni 2014 Richterin des Bundesverfassungsgerichts, zu verdanken, die als wissenschaftliche Leiterin unseres Symposiums gewonnen zu haben sich als großes Glück erwiesen hat.

Als wir im Oktober 2013 mit der Konzipierung des Symposiums begannen, war noch nicht abzusehen, wie passend der Zeitpunkt gewählt war: Am Tag vor der Veranstaltung verkündete das Bundesverfassungsgericht sein Urteil zur Verfassungsmäßigkeit der deutschen und europäischen Rechtsakte im Zusammenhang mit der Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus (2 BvR 1390/12 u.a.) und setzte damit zwei Monate nach dem Vorabentscheidungsersuchen zum Beschluss des Rates der Europäischen Zentralbank zu Outright Monetary Transactions,<sup>1</sup> dem ersten Vorlagebeschluss in der Geschichte des Gerichts, erneut einen weiteren Meilenstein für die verfassungs- und europarechtliche Diskussion.

## **II.**

In einem solchen europarechtlich historischen Moment befasste sich der erste Themenkomplex des Symposiums mit der Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten. Die Vorträge von Prof. Christian Calliess (Freie Universität Berlin), Prof. Martin Nettesheim (Universität Tübingen) und Prof. Walter Obwexer (Universität Innsbruck)

behandelten aus verschiedenen Blickwinkeln, wie der Unionsgesetzgeber nach dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon seine Kompetenzen genutzt und ob er dabei die ihm gesetzten Grenzen eingehalten hat. Die EU ist bekanntlich auf Grundlage des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung nur in Bereichen zuständig, die ihr in den Unionsverträgen von den Mitgliedstaaten übertragen wurden, bei denen alle anderen Kompetenzen verbleiben. Der Unionsgesetzgeber ist an dieses Prinzip gebunden und hat darüber hinaus auch die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit<sup>2</sup> zu achten.

Ihrer Bedeutung gemäß widmete sich das Symposium mit dem Vortrag von Christian Calliess zunächst der Einzelermächtigung zur Binnenmarktharmonisierung. Art. 114 AEUV gewährt dem Unionsgesetzgeber indes keine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes. Die Binnenmarktkompetenz erfordert mehr als die Existenz unterschiedlicher Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten. Voraussetzung einer Rechtsangleichung ist, dass entweder (potentielle) Hemmnisse für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten oder aber Wettbewerbsverfälschungen bestehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen Maßnahmen, die die Bedingungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern sollen, tatsächlich dieses Ziel verfolgen, indem sie zur Beseitigung von Hemmnissen für den freien Waren- oder Dienstleistungsverkehr oder aber von Wettbewerbsverzerrungen beitragen. Harmonisierungsrechtsakte, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, sind von der Ermächtigung des Artikels 114 AEUV nicht gedeckt. Calliess arbeitete heraus, dass die EU in ihren frühen Integrationsphasen nicht über weitreichende Spezialkompetenzen verfügte, heute aber eine Vielzahl spezieller Kompetenzen existiert, deren Vorgaben und Grenzen eingehalten und eine Umgehung über Art. 114 AEUV unterbunden werden müssen. Eine politikübergreifende Generalkompetenz werde mit zunehmender Spezialisierung entbehrlich.

Auch wenn der EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eine Kompetenz zur Rechtsetzung zusteht, darf sie wegen des Grundsatzes der Subsidiarität zur Harmonisierung des Binnenmarktes nur dann tätig werden, wenn die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden können und wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung effektiver auf Unionsebene zu



realisieren sind (Art. 5 Abs. 3 EUV). Der Subsidiaritätsgrundsatz zeigt, dass selbst bei Bestehen einer EU-Kompetenz die Handlungsprerogative bei den Mitgliedstaaten liegt, soweit diese transnationale Sachverhalte zufriedenstellend regeln können. Nach dem Protokoll Nr. 2 zum Vertrag von Lissabon über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit sollen Entscheidungen in der Union so bürgernah wie möglich getroffen werden. Art. 6 dieses Protokolls sieht zudem vor, dass die nationalen Parlamente Bedenken hinsichtlich der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips vorbringen sollen (sog. Subsidiaritätsrügen). Das Bundesverfassungsgericht hat die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Bundesorgane insofern auch verpflichtet, auf eine strikte Handhabung des Subsidiaritätsprinzips hinzuwirken. Art. 5 Abs. 3 EUV ist damit mehr als nur ein politischer Programmsatz. Martin Nettesheim, der jüngst ein grundlegendes und überaus anspruchsvoll begründetes Postulat veröffentlicht hat, im Mehrebenensystem die herkömmliche Ultra-vires-Kompetenzkontrolle durch eine legitimationsorientierte Kompetenzargumentation zu ersetzen,<sup>3</sup> betonte in seinem Referat zum Subsidiaritätsprinzip als Kompetenzausübungsschranke, durch Einführung der Subsidiaritätsrüge mit dem Lissabon-Vertrag sei der Subsidiaritätsmechanismus zu einem Instrument politischer Koordination geworden. Das schließe zwar eine Rechtskontrolle nicht aus, diese sei aber nur nachgeschaltet.

Rechtsangleichung in der EU führt nicht zwingend zu einer Vollharmonisierung. Häufig wird den Mitgliedstaaten lediglich ein Mindeststandard vorgegeben, der dem Erlass strengerer nationaler Vorschriften nicht entgegensteht. Die Mitgliedstaaten sind allerdings trotz der Möglichkeit, solche Bestimmungen zu erlassen, an die Beachtung der Grundfreiheiten, insbesondere der Warenverkehrs- und der Dienstleistungsfreiheit, gebunden. Im dritten Vortrag widmete sich Walter Obwexer deshalb den Fragen, welche Arten von Harmonisierungsmaßnahmen es gibt, unter welchen Voraussetzungen Teil- und Mindestharmonisierung mit Öffnungsklauseln sinnvoll und wann Freiverkehrsklauseln erforderlich sind.

Wie der Diskussionsbericht von Dr. Moritz Rademacher (S. 77 ff.) zeigt, ist die Einordnung des Subsidiaritätsmechanismus nach wie vor einer der kontroversesten Punkte der aktuellen Debatte. Es kristallisierte sich eine

überwiegende Auffassung heraus, die bei grundsätzlicher Anerkennung des Subsidiaritätsgrundsatzes als politischem Instrument, den rechtlichen Geltungsanspruch und die Notwendigkeit einer schärferen Konturierung betont. Die Einräumung einer Kompetenz könne zwar politisch motiviert sein, die Bewertung einer Kompetenzüberschreitung sei aber rechtlicher Natur und bedürfe der Justiziabilität.

Hieran konnte das Symposium nahtlos mit seinem zweiten Themenkomplex anschließen: In materieller Hinsicht werden der europäischen Normgebung durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union und die Grundrechte, die der EuGH aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten hergeleitet hat, Grenzen gesetzt. Die EU ist gegenüber ihren Mitgliedstaaten verpflichtet, diese Grenzen ihrer Kompetenzen einzuhalten. Obwohl diese Pflicht dem Grundsatz nach unumstritten ist, sind die Grenzen europäischer Normgebung in Rechtsetzung und Rechtsanwendung häufig schwer zu bestimmen, wie etwa das einige Wochen nach dem Symposium ergangene Urteil der Großen Kammer des EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-293/12 und C-594/12 vom 8. April 2014 im Fall Digital Rights Ireland zeigt, mit dem die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung als unverhältnismäßigen Eingriff in die durch Art. 7 und 8 der Grundrechtecharta verbürgten Grundrechte auf Achtung des Privat- und Familienlebens bzw. den Schutz personenbezogener Daten für ungültig erklärt wurde.

Prof. Werner Schroeder (Universität Innsbruck) umriss einleitend die grundrechtliche Prüfungsdichte des EuGH seit dem Vertrag von Lissabon und legte dar, dass sich der Prüfungsmaßstab von der früheren Vertretbarkeitskontrolle zu einer strengeren Verhältnismäßigkeitskontrolle entwickelt habe. Bei der Beurteilung komplexer Sachverhalte räumte die frühere EuGH-Rechtsprechung dem Gemeinschaftsgesetzgeber lange Zeit einen weiten Ermessensspielraum ein und zog die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme nur dann in Betracht, wenn diese zur Erreichung des jeweiligen Zieles “offensichtlich ungeeignet” war. Infolgedessen verlief die Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Zusammenhang mit möglichen Grundrechtsverletzungen durch den EuGH häufig kursorisch und führte in manchen Fällen zu einer bloßen Evidenzkontrolle. Vor Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon hatte der EuGH lediglich einen Rechtsakt der EU

(Fall Kadi) wegen Verstoßes gegen Unionsgrundrechte für nichtig erklärt. Seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages verfügt der EuGH über einen geschriebenen Grundrechtekatalog. Insbesondere verlangt Art. 52 Abs. 1 Satz 2 der Grundrechtecharta, dass Einschränkungen von Grundrechten unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten, dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Seither hat sich in mehreren Entscheidungen des EuGH (u.a. in den Fällen Achats, Schecke und Sky Austria) eine Intensivierung der Grundrechtsprüfung angedeutet, die im Fall Digital Rights Ireland zur vollen Entfaltung gelangt ist.

Prof. Franz Mayer (Universität Bielefeld) beleuchtete anschließend das Verhältnis der Grundrechtecharta zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten. Art. 6 Abs. 3 EUV bezieht auch die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten bei der Formung des europäischen Grundrechtsschutzes mit ein. Soweit die Charta der Grundrechte Garantien enthält, die auch in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten verbürgt sind, sollen diese nach Art. 52 Abs. 4 der Grundrechtecharta im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt werden. Der EuGH hatte bereits in seiner früheren Grundrechtsdogmatik auf die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten Bezug genommen. Das Festhalten an den bisher aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen abgeleiteten Grundrechten als allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts und der Verweis auf diese Überlieferungen in der Charta der Grundrechte unterstreicht deren Bedeutung für die Auslegung der Unionsgrundrechte. Mayer erläuterte, wie der EuGH diese weiterhin als Rechtserkenntnisquelle heranzieht und so die Tür zu den Entwicklungen im mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutz offen hält. Dabei gehe er im Wege wertender Rechtsvergleichung vor, bei der es nicht auf den “kleinsten gemeinsamen Nenner”, sondern auf ein hohes Schutzniveau ankomme, das er durch umfangreiche Studien vorab ermittle. Dass die Diskussion über die wechselseitigen Einflüsse der mitgliedstaatlichen und der Unionsgrundrechte einschließlich der Rechtsschutzzuständigkeiten gerade eine weitere Blüte erlebt, zeigen im Übrigen zahlreiche, teils sehr

grundlegende Veröffentlichungen im zeitlichen Umfeld unseres Symposiums.<sup>4</sup>

Den abschließenden Vortrag zu Fragen des Beitritts der EU zur EMRK hielt Prof. Christoph Grabenwarter (Wirtschaftsuniversität Wien). Seit den späten 1970er Jahren war der Beitritt der EG bzw. EU zur EMRK im Gespräch.<sup>5</sup> Mit dem Lissabon-Vertrag wurde der Beitritt schließlich obligatorisch (Art. 6 Abs. 2 EUV). Der Entwurf des Beitrittsübereinkommens wurde im April 2014 fertig gestellt. Mit großer Spannung wird derzeit die Stellungnahme des EuGH zu diesem Entwurf erwartet. Der Beitritt zur EMRK wird als ein Meilenstein in der Entwicklung des Grundrechtsschutzes in Europa angesehen. Alle europäischen Institutionen, einschließlich des EuGH, werden danach an die EMRK gebunden und der unabhängigen externen Kontrolle des EGMR unterworfen sein. Grabenwarter prognostizierte, dass durch die Zusammenführung komplexer Grundrechtsschichten der Grundrechtsschutz innerhalb der EU insgesamt profitieren werde, wobei die bislang seit dem Bosphorus-Urteil geübte Zurückhaltung des EGMR gegenüber dem EuGH nicht durchzuhalten sei.

Die anschließende, wiederum von Moritz Rademacher zusammengefasste Diskussion (S. 141 ff.) beschäftigte sich in der Konsequenz mit dem Mehrebenensystem des Grundrechtsschutzes in Europa und seinen Reibungsphänomenen. Dass eine tiefgreifende grundrechtliche Angemessenheitsprüfung auch auf europäischer Ebene zur Betrachtung der Wirkungen einer Maßnahme im Einzelfall nunmehr verankert sei, wurde einhellig begrüßt.

### **III.**

Doris Königs Vorgängerin im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Gertrude Lübbe-Wolff, verdanken wir den bemerkenswerten Umstand, dass die Amtliche Sammlung der BVerfG-Entscheidungen, treffenderweise in einem Sondervotum zum verfassungs- wie europarechtlich aufsehererregenden OMT-Vorlagebeschluss vom 14. Januar 2014, nun um die rheinische Sentenz Konrad Adenauers (über vermeintliche Kompetenzanmaßungen des

Bundesverfassungsgerichts) bereichert ist: „so ham wa uns dat nich vorjestellt“ (BVerfGE 134, 366 (425, Rn. 124).

Die Rückschau auf unser Symposium erlaubt mir die gegenteilige Einschätzung: Doch, genau so haben wir uns das vorgestellt, und dafür schulden die beiden Herausgeber dieses Bandes großen Dank all jenen, ohne die das Symposium nicht stattgefunden hätte und dieser Band nicht erschienen wäre: neben den Referenten und den engagierten Teilnehmern des Symposiums sind dies der Bund für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V. und die Philip Morris International als Förderer und die Stiftung Marktwirtschaft als Kooperationspartner. Sie alle haben unser Symposium großzügig unterstützt und sich dabei im besten Sinne mäzenatisch gezeigt, indem sie Doris König und mir völlige Freiheit bei der inhaltlichen Konturierung der Tagung und der Auswahl der Referenten ließen, und alle beteiligten Wissenschaftler ihre Beiträge ebenso autonom gehalten und verfasst haben.

Mein Kollege Dr. Moritz Rademacher hat das Symposium thematisch mit vorbereitet, die Organisation koordiniert und den Tagungsband redaktionell betreut; für seine ausgezeichnete Unterstützung danke ich ihm herzlich. Auf Verlagsseite hat Florian F. Woitek, Referent der Geschäftsführung der Bucerius Law School, die Drucklegung verantwortet. Die Organisation des Symposiums lag in den bewährten Händen des Business Development Teams von Hengeler Mueller um Dr. Alexander Thau, Astrid Peine und Kyra Wein, die mit Engagement, Umsicht und Kreativität zum Gelingen der Veranstaltung entscheidend beigetragen haben; auch dafür allen ein herzlicher Dank!

Der Weg der europäischen Integration ist bekanntlich mühevoll, mitunter steinig, und er kann es wohl auch nicht anders sein, wenn nicht das rechtsstaatliche Paradigma verloren gehen soll. Die von Prof. Udo Di Fabio kürzlich vor dem Hintergrund der europäischen Staatsschuldenkrise pointiert aufgeworfene Frage nach „Zentralität oder Zentrifugalität: Wohin treibt Europa?“,<sup>6</sup> hin zu einem kooperierenden Europa oder hin zu den zuletzt etwa von Viviane Reding, die Ideen Victor Hugos und Richard Graf Coudenhove-Kalergis (und anderer) in Erinnerung rufend, erneut postulierten „Vereinigten Staaten von Europa“,<sup>7</sup> ist von bleibender Aktualität. Sie zu beantworten, wäre ein zu großes Ziel für ein

europarechtliches Symposium gewesen. Bestand und Perspektiven der Unionskompetenzen und der europäischen Grundrechte als die rechtlichen Bezugspunkte jeder Diskussion um die Zukunft Europas zu bestimmen, war das anspruchsvolle, aber auch realistische Ziel des Symposiums. Der kritischen Prüfung, ob es erreicht wurde, stellen sich Herausgeber und Autoren mit dem vorliegenden Sammelband.

Düsseldorf, im November 2014 Dirk Uwer

- 
- <sup>1</sup> Teils drastische Kritik daran übt Werner Heun, Eine verfassungswidrige Verfassungsgerichtsentscheidung – der Vorlagebeschluss des BVerfG vom 14.1.2014, JZ 2014, 331 ff.; detailliert Franz C. Mayer, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, 473 ff.
  - <sup>2</sup> Dazu jüngst auch Johannes Saurer, Der kompetenzrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Recht der Europäischen Union, JZ 2014, 281 ff.
  - <sup>3</sup> Martin Nettesheim, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken, JZ 2014, 585 ff.
  - <sup>4</sup> Gewissermaßen die umgekehrte Konstellation beleuchtend die sehr lesenswerte Arbeit von Jan Heuer, Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC: Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Unionsgrundrechte, München 2014; s. auch Ferdinand Wollenschläger, Anwendbarkeit der EU-Grundrechte im Rahmen einer Beschränkung von Grundfreiheiten, EuZW 2014, 577 ff.; Thorsten Kingreen, Die Grundrechte des Grundgesetzes im europäischen Grundrechtsföderalismus, JZ 2013, 801 ff.; Rupert Scholz, Nationale und europäische Grundrechte: Umgekehrte „Solange“-Regel, DVBl. 2014, 197 ff. zum sich durch die umstrittene Åkerberg Fransson-Entscheidung des EuGH (C-617/10) verschärfenden Kompetenzkonflikt mit dem BVerfG; Daniel Thym, Blaupausenfallen bei der Abgrenzung von Grundgesetz und Grundrechtecharta, DÖV 2014, 941 ff., der der Auffassung ist, dass der EuGH auch mit Åkerberg Fransson keine generelle Überlagerung nationaler Grundrechte anstrebt; Jörn Griebel, Europäische Grundrechte als Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde, DVBl. 2014, 204 ff.; Heinz-Georg Dederer, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 2014, 313 ff.; Jürgen Schwarze, Die Wahrung des Rechts durch den Gerichtshof der Europäischen Union, DVBl. 2014, 537 ff.; Friederike Lange, Verschiebungen im europäischen Grundrechtssystem?, NVwZ 2014, 169 ff.; Ferdinand Kirchhof, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, 1537 ff.
  - <sup>5</sup> Aus der umfangreichen Literatur jüngst etwa Julia Spiekermann, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis der des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, Baden-Baden 2013.
  - <sup>6</sup> Udo Di Fabio, Zentralität oder Zentrifugalität: Wohin treibt Europa?, Festvortrag, 17. Deutscher Verwaltungsgesichtstag, Münster 2013, Stuttgart 2014, S. 21 ff. S. in

diesem Zusammenhang auch *Claudio Franzius*, Demokratisierung der Europäischen Union, EuR 2013, 655 ff.

- <sup>7</sup> *Viviane Reding*, Vizepräsidentin der Europäischen Kommission, „Warum wir jetzt die Vereinigten Staaten von Europa brauchen“, Vortrag am 8. Dezember 2012 am Centrum für Europarecht an der Universität Passau, [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-796\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-796_de.htm).

# Key Note

PROF. (EM.) DR. DR. H.C. WERNHARD MÖSCHEL

Als Charles de Gaulle, damals Major in der französischen Armee, zu einer Dienstreise in den Nahen Osten aufbrach, meinte er: „Vers l’Orient compliqué je parlais avec des idées simples.“<sup>1</sup> Nicht immer helfen in komplexen Sachlagen einfache Gedanken. Die Europäische Union in ihrem gegenwärtigen Zustand zeugt davon. Es dürfte keine Übertreibung sein, wenn man sie in einer schweren Legitimationskrise sieht. Marksteine dieser Entwicklung sind das Scheitern des Verfassungsvertrages in den französischen und niederländischen Referenden vom Jahre 2005 und das anhaltende Tohuwabohu um die Europäische Währungsunion.<sup>2</sup>

Man spricht gerne von der Erfolgsgeschichte der Europäischen Union in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts. Es kann gut sein, dass diese Aussage in einer ungewohnten Präzision zu verstehen ist: Die Erfolgsgeschichte könnte mit Ablauf des vorigen Jahrhunderts zu Ende gegangen sein.

## A. Zu den Ursachen

Die Ursachen reichen tief.<sup>3</sup>

Wichtig für die Integration Europas war die politisch/militärische Bedrohung (West-) Europas aus dem Osten. Dieser Kitt ist zerbröselt. P. H. Spaak hatte Josef Stalin einmal als Vater der europäischen Einigung bezeichnet. Dieser gehört heute der Geschichte an.

Alle Mitgliedstaaten der EU sind gegenwärtig mit gravierenden innenpolitischen Problemen konfrontiert (Überalterung der Bevölkerung mit der Ausnahme Frankreichs, Gefährdung der Systeme der sozialen Sicherung, Verlust der früher eher als selbstverständlich wahrgenommenen technologischen Überlegenheit im globalen Wettbewerb). Der Anreiz, sich auf Kosten Dritter zu salvieren, nimmt zu.



Die Europäische Gemeinschaft begann als Wirtschaftsgemeinschaft. Hier gelten Soll und Haben. Die Fortentwicklung zu einer politisch aufgeladenen Gemeinschaft, die namentlich unter Jacques Delors begann, setzt eine sehr viel engere Bindung unter den Betroffenen voraus. Sonst akzeptieren Minderheiten keine Mehrheitsentscheidungen. Doch bestehen unverändert gravierende Interessengegensätze unter den Mitgliedstaaten fort. Es sei dazu nur auf den Versuch der englischen und der französischen Politik unter Lady Thatcher und Mitterrand verwiesen, die deutsche Wiedervereinigung zu hintertreiben. Der Versuch scheiterte am Widerstand der USA, dem von der Regierung Kohl vorgelegten Tempo und – vor allem – an der Neudefinition der sowjetischen Europainteressen unter Gorbatschow.

Diese Interessengegensätze erfassen selbst den Binnenmarkt als das Herzstück der Integration. Die Errichtung eines Marktes in dem Sinne, dass Hindernisse für die freie Bewegung von Gütern und Produktionsfaktoren beseitigt werden, hat handelsschaffende und insofern wohlstandssteigernde Wirkung. Die internationale Arbeitsteilung wird verbessert. Dies ist für eine liberale Sicht selbstverständlich. Man kann das auch anders sehen. So meinte der französische Industrieminister Arnaud Montebourg im vergangenen Jahr: „Der Freihandel ist der Feind der Völker.“<sup>4</sup> Er bestätigte dies vor wenigen Wochen: „Der Colbertismus ist zurück – und das ist gut so.“<sup>5</sup>

Es ist daran zu erinnern, dass in Deutschland demgegenüber die grundsätzliche Freihandelsorientierung der Wirtschaftspolitik von allen, auch von den Gewerkschaften, immer mitgetragen wurde.

Gleiche Divergenzen im Grundsätzlichen, wo man sich keine Millimeterunschärfen erlauben sollte, bestehen im Vorverständnis der Verfassungsgebundenheit der EU. Dieser Konstitutionalismus ist historisch aus den USA nach Europa gekommen. Die Idee der EU als einer Rechtsgemeinschaft mit vorrangigem, allüberall gleichmäßig geltendem Recht ist eine unmittelbare Ausprägung davon. De Gaulle hat das schon früh mit Skepsis gesehen: „Internationale Verträge welken dahin wie die Rosen und die jungen Mädchen.“<sup>6</sup> Er hat dies in den 60er Jahren durch die Tat – Politik des leeren Stuhles – unter Beweis gestellt, jedenfalls für den Kernbereich der Politik. Frau Lagarde, die vor ihrem jetzigen Amt im IMF

französische Wirtschaftsministerin gewesen war, meinte im Kern dasselbe, als sie unlängst auf einer Konferenz ausrief: „Ich verlasse den Raum, wenn noch einmal das Wort Bundesverfassungsgericht fällt.“<sup>7</sup>

Dahinter steht ein anderes Verständnis von Politik: Allzuständigkeit der Entscheidungsträger, prioritär gegenüber Märkten, sprich den Handlungsfreiheiten der Bürger, und diskretionär im Sinne von Regelungebundenheit. Unabhängige Institutionen als Erscheinungsformen der Gewaltenteilung sind von daher grober Unfug. Vielleicht erinnert sich der eine oder andere noch an die Invektiven, die der Soziologe Bourdieu gegen das Projekt einer unabhängigen Europäischen Zentralbank vorbrachte. Gleiches gilt für die Verselbständigung der Wechselkurspolitik. Für eine „Wirtschaftspolitik aus einem Guß“ ist das schlicht ein Denkfehler. Folgerichtig lässt sich die Wirtschaftspolitik der deutschen Regierung als gemeinschaftsschädlich qualifizieren, im schlimmsten Fall sanktionieren, wenn die Exportüberschüsse des Landes zu Ungleichgewichten in den Handelsbilanzen führen. In Wirklichkeit ist dies nur die Folge von Wettbewerb auf der Ebene individueller Marktteilnehmer in einem System des grenzüberschreitenden Freihandels. Man erkennt darin letztlich das Konzept der Volkssouveränität im Sinne von Jean-Jacques Rousseau, unteilbar und nicht übertragbar. Dass Volkssouveränität faktisch nicht die Souveränität des Volkes ist, sondern die Souveränität der „classe politique“, ist dabei eine Pointe, die fast schon ermüdend wirkt.

Hinzu treten verlorene Illusionen: Die erste bestand in der Vorstellung, man könne die europäische Integration über die Köpfe der Betroffenen, sozusagen von oben herab, vorantreiben. Mittlerweile wird als Defizit deutlich: Es ist nicht gelungen, die Bürger hinreichend mitzunehmen.

Eine zweite Illusion bestand in der Idee, über eine immer engere wirtschaftliche Zusammenarbeit automatisch zu einer politischen Union zu kommen. Es gilt die Einsicht des ehemaligen deutschen Botschafters bei der UN und in Rom, Hans Arnold: „Politische Integration von Staaten lässt sich nicht erwirtschaften, sie lässt sich nur politisch erreichen.“<sup>8</sup>

Von Gewicht, mindestens in der Wahrnehmung der Bevölkerungen ist etwas, was man die technokratische Arroganz der Brüsseler Beamtenschaft nennen kann. Manches wird zwar zu Unrecht kritisiert: Bei der

Normierung der berühmten Europagurke und ihrer Krümmung handelt es sich um eine sinnvolle Standardisierung. Gurken werden in Kartons gehandelt. So wird gewährleistet, dass in einem Karton eine einigermaßen gleiche Menge von Gurken enthalten ist.

Im Falle einer umgekehrten Diskriminierung (Importe aus dem Ausland ins Inland dürfen nicht durch Regulierungen behindert werden, die inländische Produktion dagegen schon) sind es häufig die inländischen Unternehmen bzw. ihre Verbände, die in Brüssel auf Harmonisierung drängen, nicht unbedingt die dortige Bürokratie. Doch gibt es abundante Zuständigkeitserschleichungen der Union. Die wohl am meisten missbrauchte Vorschrift ist m. E. Art. 114 AEUV, der frühere Art. 100a Abs. 1 EG-Vertrag. Er betrifft die Rechtsangleichung im Binnenmarkt. Vielleicht bringt hier Herr Calliess die abschließende Klarheit. Kautelen, wie die limitierte Einzelermächtigung oder das Subsidiaritätsprinzip, letzteres im Maastrichtvertrag als Placebo für die Deutschen verankert, erweisen sich bislang als von eher bescheidener Wirkungskraft. Vielleicht zeigt Herr Nettesheim energisch einen Weg nach vorne.

## **B. Brüchige finalité européenne**

Die hier in Erinnerung gerufenen Begrenzungen und Schwächen tangieren die finalité européenne, die Endziele einer europäischen Integration.<sup>9</sup>

### *I. Das Friedensargument*

Es verwirklichte in Ablösung früherer Hegemonie- und balance of power-Konzepte eine neuartige, geniale Ordnungsidee: Kontrolle aller durch alle. Für Helmut Kohl ist die europäische Integration auch im 21. Jahrhundert unverändert eine Frage von Krieg oder Frieden. Nicht jeder wird ihm da folgen wollen, zumal die Deutschen, als unsichere Kantonisten wahrgenommen, durch die Integration längst in eine Art Käfig gesperrt sind (A. Grosser). Die Präsenz der USA auf dieser Seite des Atlantiks gilt vielen als wichtiger.

### *II. Das Binnenmarktargument*

Es ist in der deutschen Diskussion unantastbar. Für die französische Tradition trifft das nicht zu. Dort setzt man spätestens seit Cardinal de Richelieu et de Périgord auf den Staat als Angelpunkt der Wirtschaft. Um noch einmal den gegenwärtigen Industrieminister Montebourg zu zitieren: „Die Regierung sieht den Staat als einen intelligenten Akteur in der Wirtschaft an, der den Interessen unserer Nation dient.“<sup>10</sup>

### *III. Das Deutschen-Argument*

Die deutsche Frage, nach de Gaulle „la question européenne par excellence“,<sup>11</sup> hat sich mit der Wiedervereinigung etwas konsolidiert.

Während man hierzulande, m. E. zu Recht, unverändert der Auffassung folgt „Deutsche Außenpolitik ist nicht möglich außerhalb von Allianzen“ (Michael Stürmer), spricht man von außen her schon einmal von der Bundesrepublik als dem Vierten Reich, z. B. im Zusammenhang der Krisenbewältigung in der Währungsunion. Was immer man davon halten mag, das Argument verliert aufgrund der demografischen Entwicklung an Gewicht. Etwa ab 2060 wird es wieder mehr Franzosen als Deutsche geben.

### *IV. Das imperiale Argument*

Zunehmender (verbaler) Beliebtheit erfreut sich das imperiale Argument: Europa müsse den Willen haben, eine Weltmacht zu werden. Dies hat eine sicherheitspolitische, eine außenhandelspolitische und eine umweltpolitische Komponente. Eine gemeinsame europäische Antwort auf hier bestehende Gefährdungen setzt freilich eine einheitliche Zieldefinition voraus. Eine solche ist nicht wirklich erkennbar. Nationale Letztverantwortung behält oberste Priorität. Mitterrand drückte dies beim Stapellauf des milliardenteuren Flugzeugträgers de Gaulle so aus: „... damit Frankreich Herr seines Schicksals bleibt.“<sup>12</sup>

### *V. Spezifische Interessenlagen*

Auf einige spezifische Interessenlagen sei nicht weiter eingegangen.<sup>13</sup>

## C. Bundesstaat kein Modell

Aus diesem Befund werden unterschiedliche Schlussfolgerungen gezogen:

Einige meinen, die Antwort könne nur eine entschlossene Bewegung hin zu „mehr Europa“ sein. Als Exponentin sei das Kommissionsmitglied Viviane Reding zitiert.<sup>14</sup> Sie vertritt das Konzept eines europäischen Bundesstaates.

Andere treten für ein „weniger Europa“ ein, u. a. für einen Rückbau der als hypertroph empfundenen europäischen Zuständigkeiten. Dies ist die Richtung der gegenwärtigen britischen Politik. Denkbar ist auch das übliche Weiterwursteln ohne klares Konzept (Methode Monnet).

Wofür die Zeit nicht reif zu sein scheint, sind bundesstaatliche Konzepte. Ihr harter Kern besteht darin, dass das europäische Gemeinwohl im Willensbildungsprozess eines europäischen Parlaments, im power play der dort vertretenen gesellschaftlichen Kräfte gefunden würde und dass die Politikergebnisse trotz eines gegebenenfalls vorhandenen Verfassungsrahmens prinzipiell unbekannt wären. Die politische Primärverantwortung, welche gegenwärtig bei den Mitgliedstaaten liegt, ginge auf die europäische Ebene über. Einem solchen Konzept fehlen sämtliche Funktionsvoraussetzungen.

Es gibt kein europäisches Volk, welches Quelle einer demokratischen Legitimation sein könnte. Europa ist keine Erfahrungsgemeinschaft. Es wurzelt in seinen unterschiedlichen Identitäten und Kulturen. Christliche Ursprünge, das Vermächtnis der Aufklärung, Rechtsstaat, Demokratie und Marktwirtschaft reichen zu einer hinreichenden Identitätsstiftung offenbar nicht aus. Was Bundespräsident Gauck unlängst als identitätsstiftenden zeitlosen Wertekanon bezeichnet hat, ist im Wesentlichen nur ein Hinweis auf universale Menschenrechte.<sup>15</sup>

Europa ist auch keine Kommunikationsgemeinschaft. Eine europäische öffentliche Meinung hat sich nicht herausbilden können. Ein gemeinschaftsweiter Diskurs, der eine Gesetzgebung kritisch begleitet und in eine Art *volonté générale* münden könnte, findet nicht statt.

Ein Staatsvolk setzt mehr voraus als die Gleichheit eines abstrakten staatsbürgerlichen Status. Es bedingt eine meist geschichtlich gewachsene

innere Verbundenheit der Staatsbürger, welche für Minderheiten eine Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen erträglich macht. Ein europäisches Staatsvolk lässt sich nicht dekretieren. „Staaten leben von Voraussetzungen, die sie selbst nicht schaffen können.“<sup>16</sup>

Das größte Hindernis gegen eine Verwirklichung bundesstaatlicher Vorstellungen dürfte aus unverändert gravierenden Interessengegensätzen zwischen den Mitgliedstaaten der EU erwachsen. Das Problem ist in einem Bundesstaat von struktureller Art. Man unterwirft sich grundsätzlich unbekannten Mehrheitsentscheidungen, die man als Minderheit nicht mehr beeinflussen kann. Die Verhältnisse in der EZB sind ein abschreckendes Beispiel dafür. Fortbestehende Verantwortung eines Mitgliedstaates als „safe harbour“ gibt es dann nicht mehr.

Auf der Agenda fundamentaler Konflikte zeichnen sich ab:

- a) Ein eventuelles Scheitern der Reformpolitik in den Südstaaten der EU mit den daraus erwachsenden Gefährdungen der Währungsunion.
- b) Transferanliegen, die im Zusammenhang der Währungsunion eine unvorstellbare Größenordnung erreichen können. Ob Grundrechtsschutz für den Bürger helfen kann, bleibt zweifelhaft.
- c) Ungleichgewichte in den Handelsbilanzen (als wohl einzig praktikable Sanktionen kommen pekuniäre Kompensationen in Betracht).
- d) Die Integration der Wechselkurse in eine Wirtschaftspolitik der EZB und/oder der Gemeinschaft „aus einem Guß“. Der Euro ist für die französische Wirtschaft viel zu stark.
- e) Die Ausformung einer „europäischen Wirtschaftsregierung“. Sie dürfte Colbert näher stehen als Adam Smith.

Ich schließe mit dem Transfer einer völlig missglückten Metapher auf die deutschen Verhältnisse (der amerikanische Präsident Gerald Ford hatte sie einmal auf Abraham Lincoln angewandt): „Wenn Ludwig Erhard noch lebte, würde er sich im Grabe umdrehen.“

---

<sup>1</sup> Zitiert nach *Peter Scholl-Latour*, *Die Angst des weißen Mannes*, Berlin 2009, S. 386.

<sup>2</sup> Siehe dazu *Martin Selmayr*, *Der Vertrag ohne Pathos. Zur notwendigen Reform von Lissabon und ihren Folgen für Verfassungsstruktur, Wirtschaftsverfassung und Finalität der Union*, in *Mestmäcker/Möschel/Nettesheim* (Hrsg.), *Verfassung und Politik im Prozess der europäischen Integration*, 2008, S. 47 ff.

- <sup>3</sup> Dazu *Wernhard Möschel*, Zur finalité européenne, in: Mestmäcker/Möschel/Nettesheim (Fn. 2), S. 93 ff.
- <sup>4</sup> In o. V., Kultur steht Freihandel im Weg, FAZ Nr. 134 vom 13.6.2013, S. 10.
- <sup>5</sup> In o. V., Frankreich gründet Staatsbergbaukonzern, FAZ Nr. 45 vom 22.2.2014, S. 9.
- <sup>6</sup> Zitiert nach *Deutsch-Französisches Institut Ludwigsburg* (Hrsg.), Deutschland-Frankreich. Ein neues Kapitel ihrer Geschichte (1948-1988), Chronologie 1963, 1988, S. 33-37.
- <sup>7</sup> Zitiert nach *Reinhard Müller*, Unter Karlsruher Kuratel, FAZ Nr. 265 vom 14.11.2013, S. 8.
- <sup>8</sup> *Hans Arnold*, Europa am Ende? Die Auflösung von EG und Nato, 1963, S. 64.
- <sup>9</sup> Zum Folgenden *Wernhard Möschel*, Zur finalité européenne im Jahre 2013, in: Th. Theurl (Hrsg.), Europa am Scheideweg, 2013, S. 33ff.; *ders.*, Die Finanzkrise und der Ruf nach mehr Europa, 64 ORDO (2013), S. 475 ff.
- <sup>10</sup> In o. V., Frankreich gründet Staatsbergbaukonzern, FAZ Nr. 45 vom 22.2.2014, S. 9.
- <sup>11</sup> Zitiert nach *B. Vernet*, L'Ostpolitique de Weimar à Berlin, in *Politique étrangère*, Vol. 59, No. 1, 1994, S. 273, 276.
- <sup>12</sup> *François Mitterrand*, Mitterrand stellt atomar getriebenen Flugzeugträger in Dienst, FAZ Nr. 107 vom 9.5.1994, S. 2.
- <sup>13</sup> Dazu näher *Wernhard Möschel*, 64 ORDO (2013), S. 475, 478 ff.
- <sup>14</sup> Der neue Bund, FAZ Nr. 47 vom 25.2.2013, S. 7.
- <sup>15</sup> *Joachim Gauck*, Vertrauen erneuern – Verbindlichkeit stärken, FAZ Nr. 46 vom 23.2.2013, S. 8.
- <sup>16</sup> *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt 1976, S. 60.



# Rechtsangleichung in der EU – wie weit reicht die Einzelermächtigung zur Binnenmarktharmonisierung?

PROF. DR. CHRISTIAN CALLIESS, LL.M. EUR.

## A. Einführung

Ein zentrales Ziel der europäischen Integration ist seit jeher die Schaffung eines echten europäischen Binnenmarktes. Mit der 1957 gegründeten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) wurden insoweit die Grundlagen gelegt. Der einheitliche europäische Markt war jedoch kein Selbstzweck. Wie bereits der EWG-Vertrag mit seiner dynamischen Präambelformulierung „an ever closer union“ deutlich machte, sollte durch die Verflechtung der Wirtschafts- und Rechtsordnungen der Frieden gesichert werden<sup>1</sup> und daran anknüpfend eine Integration der europäischen Staaten und Völker auch auf der politischen Ebene motiviert werden. Im Zuge dessen ist die Wirtschaftsgemeinschaft zu einem Staaten- und Verfassungsverbund<sup>2</sup> herangereift. In diesem Zusammenhang wird immer wieder auf die Bedeutung des Rechts für den Zusammenhalt der Gemeinschaft hingewiesen, die nicht zuletzt deswegen als „Rechtsgemeinschaft“ (vgl. auch Art. 2 EUV, der von „Rechtsstaatlichkeit“ spricht) bezeichnet wird.<sup>3</sup> Insoweit kommt dem EuGH, der dem gemeinsamen Recht konkrete Gestalt verleiht und seine Durchsetzung gerade auch im Verhältnis zu den Bürgern der Mitgliedstaaten gewährleistet, eine besondere Bedeutung zu.

Kern der Wirtschaftsgemeinschaft ist die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes bzw. seit 1987 Binnenmarktes,<sup>4</sup> den Art. 14 EGV als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“ legal definiert. Die entsprechenden Grundfreiheiten gewährleisten subjektive Rechte,<sup>5</sup> auf die sich der einzelne Marktbürger unmittelbar vor den nationalen Gerichten berufen kann und sichern – im



Zweifel über den Weg des gerichtlichen Vorlageverfahrens zum EuGH gem. Art. 267 AEUV – die Verwirklichung des Binnenmarktziels. Auf diesem Wege – also mittels der gegenüber nationalem Recht vorrangigen und unmittelbar anwendbaren Grundfreiheiten – wird der an der Wahrung seiner Rechte interessierte Marktbürger zur Verwirklichung des Binnenmarktes mobilisiert.<sup>6</sup>

Die Verwirklichung des Binnenmarktes erfolgt so gesehen anhand zweier – im Idealfall komplementärer – Strategien:

Zum einen im Wege der sog. negativen Integration,<sup>7</sup> die sich über die den Binnenmarkt definierenden Grundfreiheiten, konkret über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, definiert. Der Gerichtshof hat in seinem, die Grundfreiheit des Freien Warenverkehrs betreffenden Urteil Cassis de Dijon<sup>8</sup> den Grundsatz aufgestellt, dass jedes in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellte und in den Verkehr gebrachte Erzeugnis auch in die anderen Mitgliedstaaten eingeführt werden kann und dort in der Regel frei verkehrsfähig sein muss. Damit hat er praktisch eine Vermutung für das Herkunftslandprinzip formuliert, im Zuge dessen die rechtlichen und technischen Regelungen der Mitgliedstaaten grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind. Diese Vermutung kann das Bestimmungsland aber widerlegen, indem es im Hinblick auf seine nationale Regulierung geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe (z.B. nach Art. 36 AEU sowie darüber hinausgehend im Wege von sog. zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls) geltend macht, die allerdings nicht diskriminierend und vor allem verhältnismäßig sein müssen. Gelingt dies, so verdrängt das Bestimmungslandprinzip das Herkunftslandprinzip, mit der Folge dass es zu keiner gegenseitigen Anerkennung kommt, der Binnenmarkt also fragmentiert bleibt.

Zum anderen über die positive Integration,<sup>9</sup> die sich durch Harmonisierungsvorschriften des europäischen Gesetzgebers definiert. Insoweit verleiht Art. 114 AEUV der EU die Kompetenz, jene mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften anzugleichen, die sich auf das Funktionieren des Binnenmarktes auswirken. Hinzu treten noch spezielle Harmonisierungszuständigkeiten, etwa für die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit in Art. 59 oder 53 AEUV. Die Richtlinien, die in diesem Bereich ergangen sind, betreffen einerseits die Harmonisierung der

Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten<sup>10</sup> und andererseits die gegenseitige Anerkennung.<sup>11</sup>

Die Vorgängernorm des Art. 114 AEUV, die Harmonisierungskompetenz des Art. 100 EWGV (vgl. heute Art. 115 AEUV) entfaltete damals allerdings nur eine begrenzte Wirkkraft, da jede Rechtsangleichung im Ministerrat Einstimmigkeit vorsah. Vor diesem Hintergrund hob die Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 das Binnenmarktziel noch einmal explizit hervor (vgl. Art. 8a-8c EWGV, heute nur noch Art. 26 AEUV) und erleichterte mit einem neuen Art. 100a EWGV, dem heutigen Art. 114 AEUV, die Rechtsangleichung im Hinblick auf den Freien Warenverkehr durch die Einführung einer Mehrheitsentscheidung im Ministerrat, die durch eine stärkere Beteiligung des Europäischen Parlaments ergänzt wurde. Dieser Schritt hat nicht nur die Integrationsdynamik beflügelt („Binnenmarkt 1992“), sondern er hat auch eine Harmonisierungsdynamik ausgelöst, die im Lichte wachsender Zuständigkeiten der EU in spezifischen Politikbereichen Kompetenzkonflikte mit sich brachte.<sup>12</sup>

Gerade weil der Wortlaut des Art. 114 Abs. 1 AEUV mit seiner finalen Orientierung jedwede „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben“ erlaubt, steht immer wieder die Frage im Raum, wie sich diese generalklauselartige Querschnittskompetenz zu den spezifischen Sachkompetenzen verhält, die die Mitgliedstaaten der EU zur gemeinwohlverträglichen Flankierung des Binnenmarktes, etwas im Umwelt-, Verbraucher- und Gesundheitsschutz, übertragen haben. Bekannte Konfliktfelder betreffen demgemäß auch die Abgrenzung des Art. 114 AEUV zur Umweltschutzkompetenz des Art. 192 AEUV, zur Gesundheitsschutzkompetenz des Art. 168 AEUV oder auch zur Verbraucherschutzkompetenz des Art. 169 AEUV, hinsichtlich derer sich aktuell die Frage stellt, ob die Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV ein gemeinsames Kaufrecht abdeckt.<sup>13</sup>

Wenn es um Fragen der europäischen Kompetenzordnung geht, dann rückt die Schlüsselnorm des europäischen Kompetenzgefüges, Art. 5 EUV, in das Zentrum der Aufmerksamkeit. Die drei Absätze des Art. 5 EUV geben die grundlegenden Voraussetzungen für jede Kompetenzausübung durch

die EU vor und sind damit der vertragliche Dreh- und Angelpunkt bei der Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten zwischen Mitgliedstaaten und EU. Mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung in seinem Absatz 2, dem Subsidiaritätsprinzip im eigentlichen Sinne in Absatz 3 und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip in Absatz 4 enthält Art. 5 EUV eine europarechtliche Schrankentrias für jede Kompetenzausübung der EU. Insoweit legt die Normstruktur des Art. 5 EUV folgende dreistufige Prüfung nahe:

Nach Art. 5 Abs. 2 EUV ist auf der ersten Stufe die Frage zu stellen, ob die EU nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung überhaupt tätig werden kann (*Kann-Frage*).<sup>14</sup> Ist dies geklärt, so wird auf der zweiten Stufe, im Rahmen des die konkrete Kompetenzausübung begrenzenden Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EUV geprüft, ob die europäische Ebene handeln muss, oder die Mitgliedstaaten im konkreten Fall zuständig bleiben sollen (*Ob-Frage*).<sup>15</sup> Auf der dritten Prüfstufe schließlich ist nach Art. 5 Abs. 4 EUV die Frage nach Art, Umfang und Intensität der zulässigen Maßnahme, mithin wie die EU handeln soll (*Wie-Frage*), zu beantworten. Insoweit hat z.B. eine die Autonomie der Mitgliedstaaten schonende Richtlinie Vorrang vor einer Verordnung, es geht aber auch um die Regelungsintensität der Maßnahme.<sup>16</sup>

## **B. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung als Ausgangspunkt**

Vorliegend steht die *Kann-Frage* im Vordergrund. Insoweit geht es um die Vorgaben, die aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung fließen. Diesem zufolge kann die EU nur solche Materien regeln, hinsichtlich derer ihr von den Mitgliedstaaten eine Kompetenz übertragen worden ist. Insbesondere durch das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung unterscheidet sich die EU von einem (Bundes-) Staat, der definitionsgemäß die sog. Kompetenz-Kompetenz besitzt.<sup>17</sup>

Durch die Neuformulierung des Prinzips im Zuge des Vertrages von Lissabon wird noch deutlicher als zuvor herausgestellt, dass die EU nur über jene Zuständigkeiten verfügt, die ihr von den Mitgliedstaaten in den

Verträgen EUV und AEUV übertragen worden sind.<sup>18</sup> Dem korrespondierend wurde nunmehr explizit eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV festgeschrieben. Im Umkehrschluss aus Art. 5 Abs. 2 EUV i.V.m. den jeweiligen Kompetenznormen der Verträge ergeben sich mithin die Kompetenzen der Mitgliedstaaten.<sup>19</sup> Der europäische Gesetzgeber – und insoweit vor allem die Kommission, wenn sie ihren Vorschlag unterbreitet – ist insoweit begründungspflichtig. Seine Begründungslast ist um so höher, je unbestimmter die (Kompetenz-) Norm ist.<sup>20</sup> Er muss die Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten mit Blick auf die abstrakten Vorgaben der Kompetenznorm in den Begründungserwägungen des in Rede stehenden Rechtsakts argumentativ widerlegen. Gelingt dies nicht, muss im Zweifel einer Auslegung zugunsten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen der Vorzug gegeben werden.<sup>21</sup>

Darüber hinaus finden sich in den Verträgen weitere Bezugnahmen auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, etwa in Art. 3 Abs. 6 EUV, wenn dort festgelegt wird, dass die Union „ihre Ziele mit geeigneten Mitteln entsprechend den Zuständigkeiten, die ihr in den Verträgen übertragen sind“ verfolgt. Damit ist klargestellt, dass die Unionsziele nicht ohne eine Kompetenznorm zur Begründung von Unionszuständigkeiten herangezogen werden können. Auch in Art. 7 AEUV ist dementsprechend festgelegt, dass die Union bei der Achtung der Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen „unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung“ trägt. Die oftmalige Betonung des Prinzips wird als Indiz dafür angesehen, dass einer „generösen“ Zuordnung von Zuständigkeiten an die EU, etwa im Rahmen der Auslegung, für die Zukunft Grenzen gesetzt werden sollen.<sup>22</sup> Kritische Stimmen in der Literatur bezeichnen diese wiederholte Betonung als redundant und unterstellen eine „Kompetenzangst“ der Mitgliedstaaten.<sup>23</sup>

Konkret ist im Rahmen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung also zu prüfen, ob die EU tätig werden kann, d. h. ob ihr überhaupt die Kompetenz zur Regelung einer bestimmten Materie zukommt. Danach ist für jeden verbindlichen Rechtsakt der EU nicht nur eine ausdrückliche, sondern auch die richtige Kompetenzgrundlage zu suchen. Letzteres ist

deshalb von so großer Bedeutung, weil die Wahl der Kompetenzgrundlage über die Verbandkompetenz hinaus auch über die Organkompetenz sowie über die Reichweite der Kompetenz, die jeweiligen Gesetzgebungsverfahren und die zulässigen Handlungsformen entscheidet. Darüber hinaus kann die Wahl der Kompetenzgrundlage für das Greifen von Harmonisierungsverboten (z. B. Art. 168 Abs. 5 AEUV) ausschlaggebend sein. Insoweit können sich Probleme vertikaler Kompetenzkonflikte mit Fragen horizontaler Kompetenzkonflikte<sup>24</sup> vermischen, was im Urteil des EuGH zur Tabakwerbeverbot-Richtlinie besonders deutlich wurde.<sup>25</sup>

Die Feststellung jener Zuständigkeiten, die der Union von den Mitgliedstaaten zur Verwirklichung der in den Verträgen niedergelegten Ziele übertragen worden sind, ist mit dem Vertrag von Lissabon durch die Unterscheidung von ausschließlichen, geteilten und koordinierenden Kompetenzen sowie die Zuordnung konkreter Sachbereiche (s. Art. 2 ff. AEUV) erleichtert worden. Der konkrete Umfang der Zuständigkeit und die Einzelheiten ihrer Ausübung ergeben sich gleichwohl nach Art. 2 Abs. 6 AEUV erst aus den jeweiligen Kompetenznormen der Verträge zu den einzelnen Sachbereichen. Eine sorgfältige Prüfung der in Frage kommenden Kompetenzgrundlagen unter Berücksichtigung von Ziel und Inhalt der geplanten Maßnahme ist deshalb geboten, um festzustellen, ob die Union über eine Kompetenz verfügt bzw. wie weit diese reicht.<sup>26</sup>

Kompetenzfragen sind immer auch Machtfragen. Dies zeigt sich nicht zuletzt in der „Maastricht-Entscheidung“, in der das BVerfG im Hinblick auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung betont: „Wenn eine dynamische Erweiterung der bestehenden Verträge sich bisher auf den Gedanken der inhärenten Zuständigkeiten (*implied powers*) und auf eine Vertragsauslegung im Sinne einer größtmöglichen Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnisse (*effet utile*) gestützt hat, so wird in Zukunft bei der Auslegung von Befugnisnormen durch Organe und Einrichtungen der Gemeinschaften zu beachten sein, daß der Unionsvertrag grundsätzlich zwischen der Wahrnehmung einer begrenzt eingeräumten Hoheitsbefugnis und der Vertragsänderung unterscheidet, seine Auslegung deshalb in ihrem Ergebnis nicht einer Vertragserweiterung gleichkommen darf; eine solche Auslegung von Befugnisnormen würde für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten.“<sup>27</sup> Das „Lissabon-Urteil“<sup>28</sup> konkretisiert diese

Passage und baut sie zugleich aus: Es weist dem Verfassungsgericht insoweit explizit ein Prüfungsmonopol zu, etabliert aber zugleich zwei konkrete Kontrollvorbehalte in Form von „*Ultra-Vires-Kontrolle*“ und „*Identitätskontrolle*“.<sup>29</sup> Hiermit werden vielfältige Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit einer auf die Kontrollvorbehalte gestützten Verfassungsbeschwerde, des Verhältnisses beider Kontrollvorbehalte zueinander sowie des Verhältnis zum EuGH aufgeworfen.<sup>30</sup> Ausgangspunkt des Karlsruher Ansatzes ist das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das im Hinblick auf die Zuständigkeiten des Bundestages auch über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung abgesichert wird.<sup>31</sup> Insoweit fordert das BVerfG von den deutschen Verfassungsorganen unter dem Stichwort der „*Integrationsverantwortung*“ eine aktive Rolle im Rahmen der europäischen Gesetzgebung.<sup>32</sup>

## **C. Binnenmarkt und europäische Kompetenzordnung**

### *I. Zum Verständnis der Binnenmarktkompetenz – eine ausschließliche Zuständigkeit der EU?*

Insbesondere die Frage, ob die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, ist seit langem heftig umstritten. Insoweit brachten die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten Zuständigkeitskataloge ein wenig mehr Klarheit. Auch wenn die „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln“ unter den ausschließlichen Zuständigkeiten des Art. 3 AEUV, hingegen der „Binnenmarkt“ ganz allgemein unter den geteilten Zuständigkeiten des Art. 4 AEUV aufgeführt wird, so besteht inzwischen Einigkeit dass Art. 3 AEUV sich auf das Wettbewerbsrecht der EU bezieht, die Rechtsangleichung aber von Art. 4 AEUV erfasst ist. Nichtsdestotrotz wird die Einordnung des „Binnenmarktes“ als geteilte Zuständigkeit von manchen Stimmen in der Literatur als missverständlich angesehen: Zum einen wegen der unmittelbaren Anwendbarkeit der binnenmarktbezogenen Grundfreiheiten, die als wesentliche Aspekte des Binnenmarktes nach Art. 26 Abs. 2 AEUV nicht einer politischen Zuständigkeit unterliegen könnten. Zum anderen wegen der in den Verträgen „sinnfällig bestätigten, weil systemrational



zwingend ausschließlichen Zuständigkeit der Union für die Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln und für die Zollunion“.<sup>33</sup> Diese Auffassung korrespondiert mit der vor dem Vertrag von Lissabon von der Kommission und einem Teil des Schrifttums vertretenen Meinung,<sup>34</sup> die überwiegende Meinung ging jedoch zu Recht seit jeher von einer geteilten Zuständigkeit und damit von einer Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips auf den Binnenmarkt aus.<sup>35</sup>

Generalanwalt Fennelly kommt in seinen Schlussanträgen zum Tabakwerbeverbotsurteil demgegenüber zum Ergebnis, dass die Harmonisierungskompetenz der EU „ihrem Wesen nach ausschließlich ist und das Subsidiaritätsprinzip keine Anwendung findet“. Unter Berufung auf die Ausführungen von EuGH und Generalanwalt im Urteil zur Rechtmäßigkeit der Arbeitszeitrichtlinie<sup>36</sup> begründet er dies damit, dass die Harmonisierung nationaler Bestimmungen zu Zwecken des Binnenmarktes das „Wesen“ dieser Zuständigkeiten sei, „offenkundig“ aber nur die EU entsprechende Maßnahmen ergreifen könne, da die Mitgliedstaaten selbst keine Einheitlichkeit auf dem fraglichen Gebiet herstellen könnten.

Dieses „Harmonisierungsargument“ vermag jedoch nicht zu überzeugen.<sup>37</sup> Zwar ist es richtig, dass nur die EU harmonisieren kann. Denn mit Blick auf die territoriale Begrenztheit ihrer Regelungshoheit haben die Mitgliedstaaten keine Harmonisierungskompetenz, die auch die Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten erfassen könnte. Jedoch haben die Mitgliedstaaten nach der Vermutung des Art. 5 Abs. 1 EUV<sup>38</sup> eine Regelungskompetenz für diejenigen *Materien*, die einer Harmonisierung bedürfen könnten. Wäre dem nicht so, könnte es gar keine von Staat zu Staat unterschiedlichen Regelungen, und damit auch keinen Harmonisierungsbedarf geben. Überdies können die Mitgliedstaaten auch jeder für sich Regelungen treffen, die sich nicht wesentlich unterscheiden. Schließlich entspricht es dem Wesen der Rechtsangleichung<sup>39</sup> keine abschließende und vollständige Uniformität anzustreben, sondern lediglich die rechtlich oder tatsächlich gewichtigsten Hindernisse durch eine Annäherung der nationalen Rechtsordnungen abzubauen. Demgemäß ist der Binnenmarkt, wie auch die Legaldurchbrechungen in Art. 114 Abs. 4

und 5 AEUV deutlich machen, nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich stets ein imperfekter.<sup>40</sup>

Diese Sichtweise ist nunmehr auch vom EuGH in der Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, explizit bestätigt worden: Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens betreffend die Rechtmäßigkeit der Richtlinie 2001/37/EU zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen hatte der Gerichtshof einmal mehr die Vorgaben des Art. 5 EUV zu prüfen.<sup>41</sup> Diese – unter Berücksichtigung des Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH<sup>42</sup> erlassene – Richtlinie wurde erneut auf die insoweit umstrittene Kompetenzvorschrift des Art. 114 AEUV gestützt.<sup>43</sup> Im BAT-Urteil beschränkte sich der EuGH erstmals aber nicht auf die Überprüfung der Kompetenzgrundlage (Art. 114 AEUV) anhand von Art. 5 Abs. 2 EUV, der Verhältnismäßigkeit anhand von Art. 5 Abs. 3 EUV sowie der Begründungspflicht anhand von Art. 253 AEUV,<sup>44</sup> sondern erweiterte seine Prüfung auf die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips im engeren Sinne anhand von Art. 5 Abs. 3 EUV. Dabei betont er ausdrücklich und völlig zutreffend, dass Art. 114 AEUV keine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, so dass die Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gem. Art. 5 Abs. 2 EUV auch im Kontext der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV zu prüfen sind. Sodann überprüft der Gerichtshof, ob das Ziel der Richtlinie durch ein Handeln der EU „besser“ erreicht werden konnte; dies bejaht er – ähnlich wie schon im Urteil zur Arbeitszeit-Richtlinie – formelhaft damit, dass die Richtlinie der Beseitigung der Hemmnisse diene, die sich aus den unterschiedlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten ergeben. Dieses Ziel könne durch ein Handeln der Mitgliedstaaten allein auch „nicht ausreichend“ erreicht werden, wie „die heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften im vorliegenden Fall“ zeige. Abschließend prüft der EuGH noch die Regelungsdichte der Richtlinie an, wobei er – insoweit zu Recht – auf seine vorangegangene Verhältnismäßigkeitsprüfung verweist, ist die Regelungsdichte doch eigentlich eine Frage des Art. 5 Abs. 4 EUV. Positiv zu bewerten ist dennoch, dass der Gerichtshof hier erstmals klarstellt, dass die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV keine ausschließliche Zuständigkeit der EU darstellt, mit der Folge, dass das Subsidiaritätsprinzip grundsätzlich anwendbar ist.<sup>45</sup>



## *II. Binnenmarktkompetenz, Wahl der richtigen Rechtsgrundlage und horizontale Kompetenzkonflikte*

Über das Erfordernis des Bestehens einer Kompetenzgrundlage nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung hinaus muss ein Rechtsakt auch auf die richtige Kompetenzgrundlage gestützt werden. Denn diese gibt auch Auskunft über den Abstimmungsmodus im Ministerrat (Einstimmigkeit mit „Vetomöglichkeit“ eines jeden Mitgliedstaats oder Mehrheitsentscheidung) sowie die Art und Weise der Beteiligung des Europäischen Parlaments (Mitentscheidung oder Anhörung). Die Aufwertung des Mitentscheidungsverfahrens zum „ordentlichen Gesetzgebungsverfahren“ durch den Vertrag von Lissabon ändert nichts daran, dass die unterschiedlichen Kompetenzgrundlagen insoweit nach wie vor unterschiedliche Verfahren vorsehen (vgl. Art. 289, 294 AEUV).<sup>46</sup> Auch die Anhörungsrechte anderer Institutionen, wie des Ausschusses der Regionen oder des Wirtschafts- und Sozialausschusses werden in der Kompetenzgrundlage geregelt. Insoweit geht es um horizontale Kompetenzkonflikte, die Fragen der Organkompetenz betreffen. Die Wahl der Rechtsgrundlage entscheidet somit nicht nur über die Verbands-, sondern auch die Organkompetenz. Konkret vermischen sich dabei Fragen nach der Reichweite einer Kompetenz mit Fragen nach dem jeweiligen Gesetzgebungsverfahren und den zulässigen Handlungsformen.

Kompetenzfragen sind zwar in erster Linie anhand der klassischen Abgrenzungskriterien der Spezialität und Subsidiarität zu entscheiden, diese Kriterien versagen jedoch bei den zahlreichen Rechtsakten der EU, die mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen und daher Aspekte in einem anderen Politikfeld in einem graduell unterschiedlichen Umfang mitregeln. Die richtige Kompetenzgrundlage ist überdies auch deshalb nicht so einfach auszuwählen, weil gerade die den Binnenmarkt flankierenden Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV<sup>47</sup>), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV), die Gesundheitspolitik (Art. 168 Abs. 1 AEUV) oder auch die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2 AEUV) eine Querschnittsaufgabe darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen. Dies unterstreicht nicht zuletzt dessen Absatz 3,

demzufolge die Kommission im Hinblick auf einige dieser Politikbereiche in ihren Vorschlägen von einem hohen Schutzniveau auszugehen hat.

Die Wahl der richtigen Rechtsgrundlage ist in manchen Politikbereichen freilich weniger im Hinblick auf etwaige Beteiligungsrechte anderer Institutionen relevant als unter dem Aspekt, dass die in Betracht kommenden Kompetenzen der EU von ganz unterschiedlicher Reichweite sind. So liegt es etwa im Bereich der Gesundheitspolitik gem. Art. 168 AEUV, im Hinblick auf die der EU eine die mitgliedstaatlichen Politiken ergänzende, fördernde oder koordinierende Zuständigkeit zukommt. Nur in den in Art. 168 Abs. 4 AEUV aufgeführten eng umgrenzten Bereichen besitzt die EU eine vollwertige Gesetzgebungszuständigkeit, im Übrigen gilt das Harmonisierungsverbot des Art. 168 Abs. 5 AEUV.

Vor diesem Hintergrund kann es nicht verwundern, dass sich seit Anfang der 90er Jahre – zunächst im Bereich der Umweltpolitik – ein Streit über die Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage für ein Handeln der EU entwickelt hat.<sup>48</sup> Im Zuge dessen sind von Rechtsprechung und Lehre zusätzliche Abgrenzungskriterien entwickelt worden. So war zum Beispiel lange die Abgrenzung zwischen Maßnahmen der allgemeinen Umweltpolitik auf Grundlage des heutigen Art. 191 AEUV und binnenmarktbezogenen Maßnahmen auf Grundlage des Art. 114 AEUV umstritten. Die insofern von Rechtsprechung und Literatur<sup>49</sup> herausgearbeiteten Abgrenzungskriterien haben zunehmend allgemeine Bedeutung erlangt und können – wie der EuGH (mit Blick auf die Agrarpolitik gem. Art. 43 AEUV) in seinem Urteil zu den Verordnungen über den Schutz des Waldes<sup>50</sup> und (mit Blick auf die Handelspolitik gem. Art. 206 AEUV) in seinem Gutachten zum Cartagena-Protokoll<sup>51</sup> bestätigt hat – auf jeden Fall der Abgrenzung von mehreren für ein Handeln der EU in Betracht kommenden Kompetenzgrundlagen übertragen werden.<sup>52</sup>

Heute steht fest, dass eine am objektiv zu ermittelnden Schwerpunkt – maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei materieller Regelungsgehalt bzw. Sachnähe sowie erkennbare Zielsetzungen des Rechtsakts – vorzunehmende Abgrenzung zu erfolgen hat. Dementsprechend ist ein Rechtsakt, der “spezifisch” bzw. “hauptsächlich” Maßnahmen in einem Politikbereich zum Gegenstand hat und “nur beiläufig” bzw. “mittelbar” Auswirkungen auf andere Politikfelder der EU hat, letztlich allein auf die

jeweilige politikspezifische Kompetenzgrundlage (und nicht z.B. auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV) zu stützen. Nur bei den dennoch zieldiffus bleibenden Rechtsakten, bei denen die genannten Aspekte “gleichermaßen wesentlich” sind, sind die Unionsorgane verpflichtet, den Rechtsakt auf der Grundlage der beiden ihre Zuständigkeit begründenden Bestimmungen zu erlassen. Eine solche Doppelabstützung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die für die beiden Rechtsgrundlagen jeweils vorgesehenen Rechtsetzungsverfahren (insbesondere im Hinblick auf die Beteiligungsrechte des Europäischen Parlaments, aber auch des Ausschusses der Regionen) miteinander unvereinbar sind.

### *III. Binnenmarktkompetenz und vertikale Kompetenzkonflikte*

Das sich solche horizontalen Kompetenzkonflikte mit vertikalen Kompetenzkonflikten, in denen es um die Verbandskompetenz, also um die Abgrenzung zwischen Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten geht, vermischen können, zeigt insbesondere das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH aus dem Jahre 2000,<sup>53</sup> das die heftig umstrittene Tabakwerbeverbotsrichtlinie wegen Verstoßes gegen die europäische Kompetenzordnung aufhob.

#### *1. Das Regelungsziel als Auslöser der Kompetenzambivalenz*

Die ursprüngliche Richtlinie 98/43/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung und Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen<sup>54</sup> verbot jede Form der direkten und indirekten Werbung sowie das Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen. Werbung war nach der Richtlinie nur noch in Publikationen für den Tabakfachhandel und in Tabakverkaufsstellen (Kioske) erlaubt. Betroffen von den Werbeverböten waren damit die Werbewirtschaft, die Tabakindustrie, die Hersteller von Diversifizierungsprodukten (z.B. Camel Boots, Davidoff Parfum) sowie die werbefinanzierten Medien.

Umstritten – und zwar auch in den Unionsorganen selbst<sup>55</sup> – war von Anfang an, ob die EU überhaupt die Kompetenz hat, eine Richtlinie, die ein so weitreichendes Werbeverbot für Tabakerzeugnisse formuliert, zu

erlassen. Im Zusammenhang hiermit stellte sich überdies die Frage nach der Wahl der richtigen Rechtsgrundlage. Damit rückte die Frage in den Vordergrund, welche Ziele der EU-Gesetzgeber mit dem Erlass der ursprünglichen Werbeverbotsrichtlinie für Tabak eigentlich verfolgte. Ausweislich der Erwägungsgründe der Richtlinie waren zwei Hauptziele zu unterscheiden. Zunächst wurde auf die unterschiedlichen Vorschriften in den Mitgliedstaaten für die Tabakwerbung hingewiesen. Sie reichen vom gesetzlichen Verbot wie in Frankreich, Italien und Portugal über gesetzliche Einschränkungen nur für bestimmte Medien (Kino-, Radio-, Fernsehwerbung) bis zur Einschränkung durch freiwillige Selbstbeschränkungsabkommen. Der europäische Gesetzgeber ging dem 1. und 2. Erwägungsgrund der damaligen Richtlinie zufolge davon aus, dass diese Regelungsunterschiede für die Werbung und das Sponsoring zu Gunsten von Tabakerzeugnissen wegen ihres grenzüberschreitenden Bezugs das Funktionieren des Binnenmarktes (gemeint sind wohl in erster Linie Zeitungen und Zeitschriften) behindern könnten.<sup>56</sup> Er befürchtete negative Auswirkungen sowohl für den freien Warenverkehr, dem die Werbung und das Sponsoring dienen, als auch für Dienstleistungen (Werbeagenturen), die zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Folglich hielt er es für geboten, die genannten Handelshemmnisse zu beseitigen und für die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu sorgen.<sup>57</sup> Der 2., 3. und 4. Erwägungsgrund der Richtlinie nahm dann aber auf den Schutz der Gesundheit vor den Gefahren des Tabakrauchens Bezug, wobei vor allem vom Schutz der Gesundheit junger Menschen die Rede ist, sowie davon, dass durch Werbung das Rauchen gefördert wird. Deutlich wird, dass mit der damaligen Richtlinie zwei unterschiedliche Ziele verfolgt werden, einerseits Rechtsangleichung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und andererseits Schutz der Gesundheit. Betrachtet man freilich die Entwicklung bis zur Verabschiedung der Richtlinie, so wird deutlich, dass die EU mit ihrem Erlass eigentlich – und damit im Schwerpunkt – Ziele des Gesundheitsschutzes verfolgt hat.<sup>58</sup>

Ebenso wie aus dem damaligen Art. 129 EGV ergeben sich auch aus dem heutigen Art. 168 AEUV keine Kompetenzzuweisungen auf dem Gebiet der allgemeinen Gesundheitspolitik.<sup>59</sup> Insoweit spricht die Norm – damals wie heute – lediglich von Unterstützungs-, Förder- und Koordinierungsmaßnahmen, wobei explizit jegliche Harmonisierung der

Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist. Folglich fehlt der EU eine Kompetenz zum Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen auf dem Gebiet des allgemeinen Gesundheitsschutzes. Vor diesem Hintergrund stützte die EU die Richtlinie auf ihre Binnenmarktkompetenz, insbesondere Art. 114 Abs. 1 AEUV.<sup>60</sup> In der Folge entbrannte eine heftige Diskussion um die Rechtmäßigkeit der Tabakwerbeverbot-Richtlinie. Von wenigen Ausnahmen abgesehen<sup>61</sup> wurde angenommen, dass der EU die Kompetenz zum Erlass des umfassenden Werbeverbots für Tabakerzeugnisse fehle.<sup>62</sup> Bestätigt durch diesen Rückenwind erhob die Bundesregierung vor dem EuGH Nichtigkeitsklage gegen die Richtlinie.<sup>63</sup>

## 2. Vom horizontalen Kompetenzkonflikt zum vertikalen Kompetenzkonflikt

Das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH kann noch immer als maßgebliche Leitentscheidung zur Reichweite der auf die dynamische Verwirklichung des Binnenmarktes angelegten Generalkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV angesehen werden. Zwar hatte die Norm den EuGH mit Blick auf die Frage der Wahl der richtigen Kompetenzgrundlage schon häufiger beschäftigt. Neu war aber, dass es in diesem Fall gar keine Wahlmöglichkeit für den europäischen Gesetzgeber gab: Die Tabakswerbeverbot-Richtlinie konnte entweder nur auf die Rechtsangleichungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, oder aber auf gar keine Kompetenz. Denn die eigentlich mitbetroffene gesundheitspolitische Kompetenz der EU des damaligen Art. 129 Abs. 4 EGV war ebenso wie heute diejenige des Art. 168 Abs. 4 und 5 AEUV eng begrenzt, indem eine Harmonisierung im Bereich der allgemeinen Gesundheitspolitik ausgeschlossen wird. Im Zuge dieser Konstellation wird der horizontale Kompetenzkonflikt zu einem vertikalen Kompetenzkonflikt und damit zu einer Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen EU und Mitgliedstaaten befördert.

In seinem Tabakwerbeverbotsurteil betonte der EuGH, insoweit entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts,<sup>64</sup> mit klaren, wenn auch knappen Worten, dass andere Artikel des EUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden dürfen, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher

Harmonisierung gemäß Art. 129 Abs. 4 lit. c EGV (heute Art. 168 Abs. 5 AEUV) zu umgehen. Dabei hat er zu Recht darauf hingewiesen, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürfen. Dies bestätigen in der Tat Art. 114 Abs. 3 EUV und die ihm korrespondierende gesundheitspolitische Querschnittsklausel des Art. 129 Abs. 1 EGV (heute Art. 168 Abs. 1 AEUV), die die Unionsorgane verpflichten, im Rahmen der Verfolgung anderer Vertragsziele auch die Erreichung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus anzustreben. Dies aber eben nur als „Sekundärziel“ bzw. als Annex zur Hauptregelung.<sup>65</sup> Alles andere muss – und auch das hat der EuGH betont – als rechtsmissbräuchliche Umgehung des Harmonisierungsverbots angesehen werden.<sup>66</sup>

Überraschend war in diesem Zusammenhang allein, dass Generalanwalt und EuGH für einen vertikalen Kompetenzkonflikt wie hier nicht die zwischenzeitlich für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten und anerkannten Kriterien zur Anwendung bringen wollen. Nach Ansicht des Generalanwalts soll es nicht darauf ankommen, wo der Schwerpunkt der Zielsetzung der Richtlinie (Rechtsangleichung oder Gesundheitsschutz) liegt; dieses Kriterium sei nur relevant, wenn der Streit darum geht, ob eine Maßnahme auf der Grundlage der einen oder der anderen zweier möglicher Rechtsgrundlagen zu erlassen sei.<sup>67</sup> Demgegenüber hat sich der EuGH in seinem Urteil nicht spezifisch zur Bedeutung des Schwerpunktkriteriums geäußert, führt jedoch aus, dass es der Heranziehung der in Rede stehenden Harmonisierungskompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV nicht entgegenstehe, wenn dem Gesundheitsschutz bei den zu treffenden Entscheidungen „maßgebende Bedeutung“ zukomme. Im Hinblick darauf, dass der Frage „Rechtsangleichung oder Gesundheitsschutz“ nach den Darlegungen der Parteien im Streit um die Tabakwerbeverbot-Richtlinie erhebliche Bedeutung zukam, müssen diese Ausführungen, gerade weil der EuGH die Umgehungsproblematik beim gesundheitspolitischen Harmonisierungsverbot sieht, überraschen. Denn warum sollten die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten Abgrenzungskriterien samt Schwerpunktkriterium nicht auch dort Geltung beanspruchen können, wo es um die Frage geht, ob eine oder keine Rechtsgrundlage für eine Unionsmaßnahme besteht?<sup>68</sup> Wäre der EuGH



entsprechend vorgegangen, so hätte der Fall schon hier entschieden werden können. Denn das im Schwerpunkt gesundheitspolitische Ziel der Tabakwerbeverbot-Richtlinie drängt sich mit Blick auf den Inhalt und die Entstehungsgeschichte der Richtlinie förmlich auf.

#### *IV. Zur konkreten Reichweite der Binnenmarktkompetenz des Art. 114 Abs. 1 AEUV*

Das maßgebliche Signal des ersten Tabakwerbeverbotsurteils ist dennoch darin zu sehen, dass der EuGH das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ernst nimmt, indem er die Reichweite der Binnenmarktkompetenz der Art. 114 AEUV konkretisiert. Diese Querschnittszuständigkeit birgt aufgrund der ihr eigenen Dynamik die latente Gefahr, dass mit ihr sachlich speziellere Kompetenznormen überspielt werden. Damit aber würden die in der Regel bewusst präziser formulierten Handlungsvoraussetzungen der bereichsspezifischen Kompetenznormen ad absurdum geführt. Hier haben Generalanwalt und EuGH in konsequenter Anwendung des Art. 5 Abs. 1 EUV erfreulicherweise Klarheit dahingehend geschaffen, dass der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ nicht das „Sesam öffne dich“<sup>69</sup> für jeglichen Harmonisierungsrechtsakt der EU darstellen kann:

*„Diesen Artikel dahin auszulegen, dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährte, widerspräche nicht nur dem Wortlaut der genannten Bestimmungen, sondern wäre auch unvereinbar mit dem in Art. 3b EUV (jetzt Art. 5 EUV) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der EU auf Einzelermächtigungen beruhen“.*<sup>70</sup>

Vor diesem Hintergrund konkretisiert der EuGH in systematischer und (wohl auch) teleologischer Auslegung den damaligen Art. 100a Abs. 1 EGV. Die seinerzeit angestellten Überlegungen können auf den insoweit unveränderten Art. 114 Abs. 1 AEUV übertragen werden. Indem der EuGH den Begriff des Binnenmarktes präzisiert, implantiert er der unbestimmten Norm des Art. 114 Abs. 1 AEUV konkrete Tatbestandsvoraussetzungen. Danach muss ein auf die Binnenmarktkompetenz gestützter Rechtsakt

*„tatsächlich den Zweck haben, die Voraussetzungen für die Errichtung*

und das Funktionieren des Binnenmarktes zu **verbessern**. Genügte bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den Vorschriften und **die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten** oder daraus möglicherweise entstehenden **Wettbewerbsverzerrungen**, um die Wahl von Artikel 100a als Rechtsgrundlage zu rechtfertigen, so könnte der gerichtlichen Kontrolle der Wahl der Rechtsgrundlage jede Wirksamkeit genommen werden“.<sup>71</sup>

Zwar dürfe, so der EuGH, der Unionsgesetzgeber auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV tätig werden, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen, deren Entstehen müsse jedoch

„wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken“.<sup>72</sup>

Vor diesem Hintergrund prüft der EuGH dann zum einen, ob die jeweilige, auf die Binnenmarktkompetenz gestützte Maßnahme

- (1) tatsächlich der „Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit“ dient<sup>73</sup> und zum anderen, ob sie
- (2) tatsächlich zur „Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen“ beiträgt.<sup>74</sup>

Diese beiden Zielsetzungen, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach Art. 114 AEUV begründen können, entsprechen der Unterscheidung zwischen (1) der Angleichung produktbezogener Normen und (2) der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort.<sup>75</sup> Letztere ist besonders sensibel, da der Vertrag gerade insoweit zahlreiche Spezialzuständigkeiten, etwa im Rahmen der Umwelt-, Verbraucherschutz- oder eben der Gesundheitspolitik, vorsieht.

Im Rahmen von (1) prüft der EuGH im Anschluss an den Generalanwalt, ob der harmonisierende Rechtsakt das Funktionieren des Binnenmarktes verbessert, mithin welchen Nutzen, welche „Erleichterung“ bzw. Förderung der Binnenmarkt aus der Tabakwerbeverbotsrichtlinie zieht. Diesen Test führt der EuGH nach einer vergleichsweise genauen Prüfung der einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie, die ja ein nahezu totales Werbeverbot aufstellen, mit – kaum überraschend – negativem Ergebnis



durch.<sup>76</sup> Diese fallentscheidende Prüfung wird in den Schlussanträgen des Generalanwalts besonders deutlich:

*„Aus rechtlicher Sicht kann eine Maßnahme, deren einzige Wirkung das Verbot der wirtschaftlichen Tätigkeit ist, nicht als Beseitigung von Hemmnissen für den Handel betrachtet werden, die diese Tätigkeit betreffen“.*<sup>77</sup>

So gesehen können die Unionsorgane über die Rechtsangleichung im Binnenmarkt nicht nationale Verbote „europäisieren“, sondern nur dem Freiverkehr von Waren und Dienstleistungen auch gegenüber nationalen Verboten zur Geltung zu verhelfen.<sup>78</sup> Dies bedeutet freilich nicht, dass die EU überhaupt keine die Marktfreiheiten beschränkenden Verbotsregelungen treffen kann; sie darf dies eben nur nicht auf Grundlage des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Sehr wohl kann sie dies aber auf Grundlage der ja gerade zur gemeinwohlorientierten Flankierung des Binnenmarktes im Vertrag etablierten Spezialkompetenzen, die dazu bestimmt sind den Binnenmarkt zu flankieren.<sup>79</sup> Für das von der Richtlinie intendierte Werbeverbot müsste Art. 168 Abs. 5 AEUV vor dem Hintergrund vorstehender Erkenntnisse freilich neu bzw. weiter gefasst werden, konkret müsste das Harmonisierungsverbot für solche Konstellationen gelockert und geöffnet werden. Auch insoweit wären überdies Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie die europäischen Grundrechte zu beachten.

Im Rahmen der 2. Zielsetzung des Art. 114 Abs. AEUV prüft der EuGH sodann,

*„ob die **Wettbewerbsverzerrungen**, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, **spürbar** sind. Bestünde diese Voraussetzung nicht, wären der Zuständigkeit des Gemeinschaftsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen“.*

Eine Heranziehung der Harmonisierungskompetenzen<sup>80</sup> zur Beseitigung „nur geringfügiger Wettbewerbsverzerrungen“ wäre mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung des Art. 5 Abs. 2 EUV unvereinbar.

*„Es ist deshalb zu prüfen, ob die Richtlinie tatsächlich zur Beseitigung spürbarer Verzerrungen des Wettbewerbs beiträgt“.*<sup>81</sup>

Anhand dieser Kriterien führt der EuGH sodann eine relativ genaue Prüfung der Regelungen der Tabakwerbeverbot-Richtlinie durch, wiederum mit negativem Ergebnis: Zwar seien Werbeagenturen, die in Mitgliedstaaten mit einer weniger restriktiven Regelung der Tabakwerbung ansässig sind, hinsichtlich der Größenvorteile und der Gewinnerzielung begünstigt, jedoch wirkten sich diese Vorteile nur „entfernt und mittelbar“ auf den Wettbewerb aus und führen nicht zu Verzerrungen, die als spürbar angesehen werden könnten. Auch wenn das Verbot des Sponsoring in einem Mitgliedstaat zur Verlegung insbesondere von Sportwettkämpfen führen könne, so rechtfertige dies doch nicht ein allgemeines Werbeverbot. In den in einigen Mitgliedstaaten durch Werbeverbote eingeschränkten Werbemöglichkeiten schließlich sieht der EuGH keine Wettbewerbsverzerrung, sondern eine Beschränkung der Wettbewerbsarten, die in gleicher Weise für alle Wirtschaftsteilnehmer in diesen Mitgliedstaaten gelte.

Die mit diesen Ausführungen verbundene Anerkennung des Kriteriums der „tatsächlichen Spürbarkeit“ ist ein im Falle der Angleichung von Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort bedeutsames (ungeschriebenes) Tatbestandsmerkmal im Rahmen des Art. 114 Abs. 1 AEUV. Mit ihm werden die grenzüberschreitenden und damit nach bisherigem Verständnis binnenmarktrelevanten sowie in der Folge unionsrechtlich relevanten Auswirkungen nationaler Maßnahmen konkretisiert, präzisiert und damit rationalisiert. Damit können jedenfalls im Bereich der dynamisch wirkenden, horizontalen Harmonisierungskompetenzen der EU nicht mehr potentielle und mittelbare, sondern nur noch tatsächliche und spürbare Wettbewerbsverzerrungen durch nationale Regelungen zum Anlass einer unionsweiten Harmonisierung genommen werden.

Dieser neue, mitgliedstaatliche Kompetenzen schonende Ansatz des EuGH könnte im Sinne einer kohärenten Interpretation ähnlicher Begriffe auch Bedeutung für andere Bereiche des Unionsrechts entfalten. So etwa für die Auslegung der – zumindest traditionell ebenso wie Art. 114 AEUV dynamisch wirkenden – Kompetenzergänzungsklausel des Art. 352 AEUV oder aber für das Verständnis des Negativkriteriums („nicht ausreichend“) in Art. 5 Abs. 3 EUV, in welchem die „tatsächliche Spürbarkeit“ grenzüberschreitender Auswirkungen als Voraussetzung einer Regelung

auf Unionsebene förmlich angelegt ist.<sup>82</sup>

Denkbar wäre aber auch eine über das Spürbarkeitskriterium vermittelte Koppelung mit den Grundfreiheiten, im Zuge derer ein kohärentes Verständnis zwischen negativer Integration einerseits und positiver Integration andererseits entwickelt werden könnte. Denn das Kriterium „tatsächlicher Spürbarkeit“ steht im deutlichen Gegensatz zur allumfassenden sog. Dassonville-Formel, wonach sich grundsätzlich jede staatliche Maßnahme, die „geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“, vor den Grundfreiheiten, die zugleich den Binnenmarkt definieren (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV), zu rechtfertigen hat.<sup>83</sup> Damit wäre ein Ansatz zur immanenten Begrenzung der Grundfreiheiten gewählt, an den sich der EuGH bereits im Vorfeld seiner insoweit grundlegenden Keck-Entscheidung<sup>84</sup> herangetastet hatte.<sup>85</sup> Freilich wird man insoweit mit entsprechenden Schlussfolgerungen vorsichtig sein müssen, nicht zuletzt deshalb, weil sich zunehmend eine einheitliche Dogmatik der Grundfreiheiten herauszuschälen beginnt.<sup>86</sup> Jedoch könnte das vom EuGH mit Blick auf den Binnenmarkt in Ansatz gebrachte Kriterium der „tatsächlichen Spürbarkeit“ Anlass geben, die zur Begrenzung der grundfreiheitlichen Beschränkungsverbote eingeführte, freilich von großer Rechtsunsicherheit geprägte Keck-Formel<sup>87</sup> neu zu überdenken. Dies mit dem Ziel, die gerichtliche Deregulierung von den nationalen Parlamenten erlassener Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit wieder stärker in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken.

Darüber hinaus hat der EuGH die Reichweite des Art. 114 Abs. 1 AEUV begrenzt: Ein Rechtsakt, der – wie im Falle Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht<sup>88</sup> – die nationalen Rechtsordnungen insoweit unverändert lässt, als die einheitliche europäische Regelung parallel neben die einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts tritt, diese also nicht ersetzt oder überformt, bezweckt keine Rechtsangleichung. Ein solcher, im Lichte der Vorgaben von Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV durchaus sinnvoller Ansatz, kann insoweit allenfalls auf Art. 114 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit der Kompetenzergänzungsklausel des heutigen Art. 352 AEUV gestützt werden.<sup>89</sup>

Blickt man auf die Folgerechtsprechung des EuGH, so entsteht freilich der Eindruck, dass die Luxemburger Richter mit ihrem zweiten Tabakwerbeverbotsurteil,<sup>90</sup> aber auch mit anderen Entscheidungen, hinter ihrer Leitentscheidung zurückbleiben. Insoweit ist jedoch zu bedenken, dass der EuGH in allen diesen Entscheidungen an seiner im ersten Tabakwerbeverbotsurteil gelieferten Interpretation des Art. 114 Abs. 1 AEUV festhält, ja teilweise explizit auf diese Leitentscheidung verweist. Jedoch kommt er im Unterschied zum ersten Tabakwerbeverbotsurteil in diesen Entscheidungen zum Ergebnis, dass sich der europäische Gesetzgeber im Rahmen der Vorgaben des Art. 114 Abs. 1 AEUV hält. Man kann den EuGH also allenfalls dafür kritisieren, dass er im konkreten Falle zu großzügig verfährt und dem Gesetzgeber einen zu weiten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum belässt.<sup>91</sup>

Mit Blick auf Art. 114 Abs. 1 AEUV bleibt es somit dabei, dass der EuGH der – aufgrund ihres unbestimmten Wortlauts – bislang weit verstandenen Binnenmarktkompetenz<sup>92</sup> durch die vorstehenden Handlungsvoraussetzungen zumindest abstrakt klare und handhabbare Grenzen eingezogen hat. Ihre konkrete Kontrolle – und damit die Kontrolle des europäischen Gesetzgebers, der nach wie vor eher großzügig auf Art. 114 AEUV zurückgreift – fordert jedoch immer wieder zur Kritik heraus.<sup>93</sup>

## **D. Reformüberlegungen**

### *I. Einführung*

Der Lösung der für den europäischen Staaten-, Verfassungs- und Gemeinwohlverbund<sup>94</sup> höchst bedeutsamen Kompetenzfrage<sup>95</sup> ist trotz aller Bemühungen seit dem Vertrag von Maastricht, der das Subsidiaritätsprinzip in Form eines neuen Art. 3b EGV (heute Art. 5 Abs. 2 bis 4 EUV) einführte, nur ein begrenzter Erfolg beschieden gewesen.

Zwar wurde die Kompetenzfrage im Zuge des Vertrages von Nizza, konkret im Rahmen einer auf deutsch-italienischen Initiative verabschiedeten „Erklärung zur Zukunft der Union“,<sup>96</sup> erneut prominent aufgegriffen. Im Rahmen dieses sog. „Post-Nizza-Prozesses“, der Schritt

für Schritt, zuletzt über den Europäischen Rat von Laeken, zur Einsetzung des Verfassungskonvents führte,<sup>97</sup> sollte u.a. die Frage gelöst werden, „wie eine genauere, dem Subsidiaritätsprinzip entsprechende *Abgrenzung* der Zuständigkeiten zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten *hergestellt* und danach *aufrechterhalten* werden kann“.<sup>98</sup> Die „Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“<sup>99</sup> konkretisierte die Vorgaben von Nizza noch weiter. Eine der wesentlichen Aufgaben des eingesetzten Verfassungskonvents sollte danach in der Suche nach einer besseren Verteilung und Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union liegen, wobei insbesondere auch auf eine Verdeutlichung und Vereinfachung der Kompetenzverteilung hingearbeitet werden sollte. Zudem sollten, über die Überprüfung der heutigen Art. 114 AEUV und 352 AEUV hinaus, Vorkehrungen gegen ein Ausufern der Zuständigkeiten der Union zu Lasten der Mitgliedstaaten getroffen werden.

Obwohl die Kompetenzfrage im Mandat des Konvents eine so prominente Rolle einnahm, wurde keine eigene Arbeitsgruppe dazu eingerichtet. Mit Fragen der Zuständigkeitsabgrenzung befassten sich in erster Linie die Arbeitsgruppen „Subsidiarität“ und „Ergänzende Zuständigkeiten“. Der Konvent beendete seine Arbeit am 10. Juli 2003 und überreichte der italienischen Ratspräsidentschaft am 18. Juli 2003 sein „Abschlussdokument“ in Form des „Entwurfes eines Vertrags über eine Verfassung für Europa“<sup>100</sup> zur weiteren Behandlung auf der Regierungskonferenz im Herbst 2003. Der darauf gegründete Verfassungsvertrag scheiterte zwar in den in Frankreich und den Niederlanden durchgeführten Referenden, trat aber im Hinblick auf die Kompetenzordnung fast unverändert als Vertrag von Lissabon 2009 in Kraft.<sup>101</sup>

In materieller Hinsicht erfolgte im Ergebnis nur eine konkretisierende Klarstellung in Art. 5 Abs. 3 EUV, gleichzeitig wurde aber das im Rahmen des Vertrages von Amsterdam verabschiedete Subsidiaritätsprotokoll mit seinen Konkretisierungen<sup>102</sup> des Subsidiaritätsprinzips entleert. Abgesehen von den neuen Kompetenzkatalogen in Art. 2 ff. AEUV, die zuvorderst der Transparenz dienen, wurde mit der Einführung einer Subsidiaritätsrüge- und klage der nationalen Parlamente<sup>103</sup> primär die prozedurale Kontrolle

der Norm gestärkt.<sup>104</sup> Diese ist aber – ebenso wie die Kontrolle durch den EuGH – ebenfalls auf materielle Kriterien angewiesen, an denen es weiterhin fehlt.<sup>105</sup>

## *II. Abschaffung der Binnenmarktkompetenz im Rahmen einer Vertragsänderung?*

Im Zusammenhang mit der Kompetenzfrage war im Verfassungskonvent überlegt worden, ob die final orientierte, dynamisch wirkende Binnenmarktkompetenz des heutigen Art. 114 AEUV und die Kompetenzergänzungsklausel des Art. 308 EGV, die Vorgängernorm des Art. 352 AEUV, wegfallen sollen.<sup>106</sup> Dazu ist es ebenso wenig wie im Vertrag von Lissabon gekommen. Dies wird von Stimmen im Schrifttum einerseits begrüßt. Die Binnenmarktkompetenz dürfe nicht „verkürzt“ werden, da sich „deren Bedeutung für die Zielrichtung der Integration (...) nach der Beitrittswelle 2004 einmal mehr offenbaren“ werde.<sup>107</sup> Die Sicherung europäischer Regelungsspielräume sei von Bedeutung, da „zur Aufrechterhaltung eines grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehrs eine Angleichung der auf den Binnenmarkt bezogenen nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften auch künftig unerlässlich“ sei.<sup>108</sup> Im Ergebnis wird von diesen Stimmen gerade begrüßt, dass eine „weitere, von der Kompetenz aber getragene Ausdehnung der Unionsrechtsetzung in bisher von den Mitgliedstaaten allein geregelte Sachgebiete möglich“ bleibt. Die Binnenmarktkompetenz, die von Union und Mitgliedstaaten gemeinsam ausgeübt werde, entziehe sich ohnehin einer „Aufteilung nach Sachbereichen oder Sachbereichsausschnitten“. Wenn man eine klare Abgrenzbarkeit der Kompetenzen erreichen wolle, so müsse man die Binnenmarktkompetenz streichen und die Sachbereiche ganz den Mitgliedstaaten überlassen – was aber als „Schlag gegen die Wurzeln der europäischen Integration“ nicht wünschenswert sei.<sup>109</sup>

Demgegenüber ist jedoch zu bedenken, dass man angesichts der inzwischen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben die politikübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV) ohne Schaden für die europäische Integration hätte streichen können. Denn nur so lässt sich die – im Tabakwerbeverbot-Urteil mehr als deutlich zu

Tage getretene – Umgehungsgefahr der in ihren Voraussetzungen genau definierten Spezialkompetenzen wirksam bannen. Die – damit nicht zum Erliegen kommende – Rechtsangleichung wäre in der Folge an die detaillierteren und damit rechtlich besser bestimmbar sowie kontrollierbaren Handlungsvoraussetzungen in den spezifischen Kompetenzgrundlagen jener Politiken geknüpft, die den Binnenmarkt flankieren. Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen hätten dann noch immer über Art. 352 EUV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden können. Aber auch hierfür haben sich die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ nicht entscheiden können.

Ob sie dies in Zukunft tun werden, ist ebenfalls offen. Zwar könnte eine Streichung des Art. 114 AEUV im Rahmen des niederländischen und britischen Vorstoßes zur Reform der Verträge thematisiert werden, gleichwohl sind gerade diese beiden Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Binnenmarktes besonders interessiert. Vor allem aber hat Art. 114 AEUV im Rahmen der Bewältigung der Finanz- und Bankenkrise im Euroraum eine zentrale – wenngleich wiederum mit Kompetenzkonflikten belastete<sup>110</sup> – Rolle gespielt, die sich im Hinblick auf die Wachstumsstrategien der EU, die primär auf eine Stärkung des Binnenmarktes abzielen, wohl noch ausweiten wird.<sup>111</sup>

Durch die Möglichkeit der weitgehend grenzenlosen Auslegung der Binnenmarktkompetenz besteht trotz der oben dargestellten Rechtsprechung des EuGH somit weiterhin die Gefahr, dass speziellere und gegenständlich begrenzte Regelungsbefugnisse, wie z.B. im Bereich der Gesundheitspolitik, unterlaufen werden. Vor diesem Hintergrund stellt sich daher nach wie vor die Frage nach der „Entbehrlichkeit“ der Binnenmarktkompetenz im Hinblick auf speziellere Kompetenzen, die gleichfalls einen Binnenmarktbezug aufweisen, in ihren Voraussetzungen aber detaillierter und deshalb in der Inanspruchnahme besser abschätzbar und vom EuGH kontrollierbar sind.<sup>112</sup>

## **E. Zusammenfassendes Ergebnis in Thesen**

1. Die ursprüngliche Harmonisierungskompetenz des Art. 100 EWGV (vgl. heute Art. 115 AEUV) entfaltete nur begrenzte Wirkkraft, da jede

Rechtsangleichung im Ministerrat Einstimmigkeit vorsah. Mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 wurde in einem neuen Art. 100a EWGV (der weitgehend dem heutigen Art. 114 AEUV entspricht) der Übergang zur Mehrheitsentscheidung eingeleitet. Mangels Vetomöglichkeit eines Mitgliedstaates konnte die final auf die Verwirklichung des Binnenmarktes programmierte Norm eine ungeahnte Dynamik entfalten.

2. Durch die Neuformulierung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung und seine mehrfache Hervorhebung im Zuge des Vertrages von Lissabon wird noch deutlicher als zuvor herausgestellt, dass die EU nur über jene Zuständigkeiten verfügt, die ihr von den Mitgliedstaaten in den Verträgen EUV und AEUV übertragen worden sind. Dem korrespondierend wurde nunmehr explizit eine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten in Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 2 S. 2 EUV festgeschrieben. Der europäische Gesetzgeber ist insoweit begründungspflichtig. Seine Begründungslast ist um so höher, je unbestimmter die (Kompetenz-) Norm ist. Er muss die Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Mitgliedstaaten mit Blick auf die abstrakten Vorgaben der Kompetenznorm argumentativ widerlegen. Gelingt das nicht, muss im Zweifel einer Auslegung zugunsten der mitgliedstaatlichen Kompetenzen der Vorzug gegeben werden.

3. Die Wahl der Kompetenzgrundlage entscheidet nicht nur über die Verbands- sondern auch die Organkompetenz. Konkret geht es insoweit immer um die jeweils einschlägigen Gesetzgebungsverfahren (vgl. Art. 289, 294 AEUV: Mehrheitsentscheidung im Rat und Mitentscheidung des EP versus Einstimmigkeit im Rat und Anhörung des EP) sowie die zulässigen Handlungsformen.

4. Kompetenzfragen sind zwar in erster Linie anhand der klassischen Abgrenzungskriterien der Spezialität und Subsidiarität zu entscheiden. Diese Kriterien versagen jedoch bei den zahlreichen Rechtsakten der EU, die mehrere Ziele gleichzeitig verfolgen und daher Aspekte in einem anderen Politikfeld in einem graduell unterschiedlichen Umfang mitregeln.

5. Die Frage nach der richtigen Kompetenzgrundlage ist insbesondere im Hinblick auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV umstritten. Dies nicht zuletzt deshalb, weil gerade die den Binnenmarkt flankierenden



Politiken wie z.B. die Umweltpolitik (Art. 11 AEUV), die Verbraucherschutzpolitik (Art. 12 AEUV), die Gesundheitspolitik (Art. 168 Abs. 1 AEUV), die Beschäftigungspolitik (Art. 147 Abs. 2 AEUV) oder auch die Kulturpolitik (Art. 167 Abs. 4 AEUV) eine Querschnittsaufgabe darstellen und daher bei allen Maßnahmen der EU in anderen Bereichen, mithin auch im Rahmen der Rechtsangleichung nach Art. 114 Abs. 1 AEUV immer mitberücksichtigt werden müssen.

**6.** Vor diesem Hintergrund hat – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH – in horizontalen Kompetenzkonflikten eine am objektiv zu ermittelnden Schwerpunkt (maßgeblicher Anknüpfungspunkt sind dabei materieller Regelungsgehalt bzw. Sachnähe sowie erkennbare Zielsetzungen des Rechtsakts) vorzunehmende Abgrenzung der Kompetenzgrundlagen zu erfolgen. Dementsprechend ist ein Rechtsakt, der spezifisch bzw. hauptsächlich Maßnahmen in einem Politikbereich zum Gegenstand hat und nur beiläufig bzw. mittelbar Auswirkungen auf andere Politikfelder der EU hat, letztlich allein auf die jeweilige politikspezifische Kompetenzgrundlage (und nicht z.B. auf die Binnenmarktkompetenz des Art. 114 AEUV) zu stützen. Nur bei den dennoch zielf diffus bleibenden Rechtsakten, bei denen die genannten Aspekte gleichermaßen wesentlich sind, können die Unionsorgane den Rechtsakt auf Grundlage der beiden ihre Zuständigkeit begründenden Bestimmungen zu erlassen.

**7.** Horizontale und vertikale Kompetenzkonflikte, in denen es um die Verbandskompetenz, also um die Abgrenzung zwischen Zuständigkeiten von EU und Mitgliedstaaten geht, können sich vermischen. Dies zeigt insbesondere das erste Tabakwerbeverbotsurteil des EuGH, das die heftig umstrittene Tabakwerbeverbotsrichtlinie wegen Verstoßes gegen die europäische Kompetenzordnung aufhob.

**8.** Die für horizontale Kompetenzkonflikte entwickelten Abgrenzungskriterien samt Schwerpunktkriterium sollten daher auch dort zur Anwendung kommen, wo sich horizontale und vertikale Kompetenzfragen mischen, es also z.B. um die Frage geht, ob im Fall von mehreren Kompetenzgrundlagen eine oder keine Rechtsgrundlage für eine Unionsmaßnahme besteht, z.B. weil die Reichweite der einen Kompetenz – etwa durch ein Harmonisierungsverbot – beschränkt ist.

**9.** In seinem ersten Tabakwerbeverbotsurteil hat der EuGH Klarheit dahingehend geschaffen, dass der bloße Gebrauch des Wortes „Binnenmarkt“ nicht das „Sesam öffne dich“ für jeglichen Harmonisierungsrechtsakt der EU darstellen kann. Vor diesem Hintergrund konkretisierte der EuGH in systematischer und (wohl auch) teleologischer Auslegung den Begriff des Binnenmarktes, indem er der unbestimmten Norm des Art. 114 Abs. 1 AEUV konkrete Tatbestandsvoraussetzungen implantierte. Demnach ist zu prüfen, ob die auf die Binnenmarktkompetenz gestützte Maßnahme (1) tatsächlich der Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs und der Dienstleistungsfreiheit dient (Kriterium: Förderung bzw. Erleichterung der Ausübung von Grundfreiheiten) und zum anderen, ob sie (2) tatsächlich zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen (Kriterium: tatsächliche Spürbarkeit) beiträgt. Diese beiden Zielsetzungen, die eine Rechtsangleichungsmaßnahme nach Art. 114 AEUV begründen können, entsprechen der Unterscheidung zwischen (1) der Angleichung produktbezogener Normen und (2) der Angleichung der Wettbewerbsbedingungen am Produktionsstandort.

**10.** Angesichts der nach verschiedenen Vertragsänderungen zahlreichen, auch binnenmarktbezogenen Spezialkompetenzen mit ihren differenzierten Vorgaben ist die final ausgerichtete politikübergreifende Generalkompetenz zur Schaffung des Binnenmarktes in Art. 114 Abs. 1 AEUV entbehrlich geworden und könnte gestrichen werden. Die – damit nicht zum Erliegen kommende – Rechtsangleichung wäre in der Folge an die detaillierteren und damit rechtlich besser bestimmbaren sowie kontrollierbaren Handlungsvoraussetzungen in den spezifischen Kompetenzgrundlagen jener Politiken geknüpft, die den Binnenmarkt flankieren (siehe oben These Nr. 5). Nicht akzeptable Lücken in den Spezialkompetenzen könnten dann noch immer über Art. 352 EUV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 140 ff.

<sup>2</sup> Dazu *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 17 ff. und 43 ff. m.w.N.

<sup>3</sup> *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33; *Zuleeg*, Der rechtliche

Zusammenhalt der EU, 2004, S. 22, 135 ff.

- <sup>4</sup> Vorangegangen war das Weißbuch der Kommission zur „Vollendung des Binnenmarkts“ vom 14.6.1985 (KOM (85) 310); zur begrifflichen Abgrenzung *Kahl* in: ders./Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 26 AEUV, Rn. 8 ff.
- <sup>5</sup> Grundlegend *EuGH* Rs. 26/62, *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1; zu den subjektiven Rechten im Gemeinschaftsrecht *Kingreen/Störmer*, *EuR* 1998, 263 ff.; *Gebauer*, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages als Gemeinschaftsgrundrechte*, 2004, S. 32 ff.
- <sup>6</sup> Hierzu *Masing*, *Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts*, 1997, S. 42 ff.
- <sup>7</sup> Vgl. zum Begriff und zur Diskussion *Scharpf*, *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, in: G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Storck (Hrsg.), *Governance in the European Union*, London 1996, S. 15 ff.; *Kingreen*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 2011, Art. 34-36 AEUV, Rn. 2 ff.
- <sup>8</sup> Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 Rn. 14.
- <sup>9</sup> Siehe zum Begriff die Nachweise in Fn. 7.
- <sup>10</sup> Z.B. RL 86/653/WEG des Rates vom 18.12.1986 ABl. L 382/17, Handelsvertreter RL.
- <sup>11</sup> Z.B. RL 85/433/EWG des Rates vom 16.9.1985 ABl. L 253/34 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers.
- <sup>12</sup> Ausführlich dazu die Studie von *Ludwigs*, *Rechtsangleichung nach Art. 94, 95 EG-Vertrag*, 2004.
- <sup>13</sup> Vgl. KOM (2011) 635 endg; dazu *Daiber*, in: *Binnenmarkt und Zivilrecht*, in: Hahn (Hrsg.), *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Moderner Ansatz oder praxisferne Vision?*, 2012, S. 205 ff. m.w.N.
- <sup>14</sup> Ausführlich *Calliess*, *Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der EU*, 2. Auflage 1999, S. 69 ff. m.w.N.
- <sup>15</sup> *Calliess*, Fn. 14, S. 104 ff.
- <sup>16</sup> *Calliess*, Fn. 14, S. 116 ff.
- <sup>17</sup> *Dossi*, *Die Verfassung der Europäischen Union – eine Analyse des Konventsentwurfs für den Verfassungsvertrag I*, in: *Calliess/Isak* (Hrsg.), *Der Konventsentwurf im Kontext der Erweiterung*, S. 29 (38).
- <sup>18</sup> Vgl. dazu *Verfassungskonvent*, CONV 724/1/03, S. 63; *Dougan*, *ELR* 28 (2003), 763 (765).
- <sup>19</sup> Die einzelnen Zuständigkeiten, die auf diese Weise bei den Mitgliedstaaten verbleiben, sollten jedoch im Sinne der für die europäische Zuständigkeitsordnung notwendigen Dynamik und Flexibilität nicht eigens aufgezählt werden, vgl. *Verfassungskonvent*, CONV 40/02, Aufzeichnung über die Plenartagung am 15./16. April 2002, S. 6.
- <sup>20</sup> *Calliess*, Fn. 14, S. 330 ff.
- <sup>21</sup> Insoweit übereinstimmend *Fischer*, *Der Europäische Verfassungsvertrag*, 2005, S. 137 und *Vedder*, in: *Vedder/Heintschel von Heinegg*, *EVV*, Art. I-11, Rn. 9, wobei letzterer betont, dass Art. 5 Abs. 2 S. 2 AEUV nicht als konstitutiv wirkende

Generalklausel zugunsten der Mitgliedstaaten gelesen werden könne.

- <sup>22</sup> *Classen*, GYIL 46 (2003), 323 (341).
- <sup>23</sup> So *Mayer*, ZaöRV 2007, 1141 (1163 ff.).
- <sup>24</sup> Hierzu *Nettesheim*, EuR 1993, 243 ff.
- <sup>25</sup> EuGH, Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-2247, Rn. 83, 106 ff. (Deutschland/EP und Rat), abgedruckt (gekürzt) in EuZW 2000, 694; JZ 2001, 32 und (im Volltext) in EWS 2001, 27 ff.; dazu ausführlich *Calliess*, Jura 2001, 311.
- <sup>26</sup> Vgl. *Ritzer*, Europäische Kompetenzordnung, 2006, S. 218 f.; *Calliess*, Fn. 14, S. 127 ff.
- <sup>27</sup> BVerfGE 89, 155, 210 (Maastricht); auch *Merten*, Subsidiarität als Verfassungsprinzip, in: ders. (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 2. Aufl. 1994, S. 77 (80); *Pieper*, DVBl. 1993, 705 (711); kritisch *Tomuschat*, EuGRZ 1993, 489 (494).
- <sup>28</sup> BVerfGE 123, 267 ff; kritisch *Ruffert*, DVBl. 2009, 1197 ff.; *Terhechte*, EuZW 2009, 724 ff.; *Schönberger*, Der Staat 48 (2009), 535 ff.; *Kiiver*, GLJ 10 (2009), 1287 ff.; *Halberstam/Möllers*, GLJ 10 (2009), 1241 ff.; *Jestaedt*, Der Staat 48 (2009), 497 ff.; *Thym*, Der Staat 48 (2009), 559 ff.; ferner die Beiträge von *Dingemann* u.a. in ZEuS 2010, 491 ff.; zustimmend hingegen *Gärditz/Hillgruber*, JZ 2009, 872 ff.; *Schorkopf*, EuZW 2009, 718 ff.; in der Tendenz auch *Grimm*, Der Staat (48) 2009, 475 ff.; instruktiver Überblick über die Debatte bei *Ruffert*, ZSE 2009, 381 ff.
- <sup>29</sup> BVerfGE 123, 267 (353 f.).
- <sup>30</sup> *Calliess*, ZEuS 2009, 559 (565 ff.).
- <sup>31</sup> BVerfGE 123, 267 (350).
- <sup>32</sup> Dazu *Calliess*, ZG 2010, 1 ff.
- <sup>33</sup> *Müller-Graff*, integration 2003, 301 (305).
- <sup>34</sup> Vgl. Kommission, Das Subsidiaritätsprinzip, Mitteilung an den Rat und das Europäische Parlament, Dok SEK (92) 1990 endg. v. 27.10.1992, Anh unter II 2; aus der Lit. vor allem *Schwartz*, AfP 1993, 409 (413 ff.); *Müller-Graff*, ZHR 1995, 34 (66 ff.). *Pescatore*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, 1071 (1084).
- <sup>35</sup> Vgl. *Baur*, in: FS Friauf, 1996, 3 (10 f.); *Calliess*, Fn. 14, 76 ff.; *Hailbronner*, in: derselbe (Hrsg.), Europa der Zukunft - Zentrale und dezentrale Lösungsansätze, 1994, 49 (58); *Jarass*, AöR 121 (1996), 173 (191); *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art. 114, Rn. 7; *Stein*, in: *Merten* (Hrsg.), Die Subsidiarität Europas, 1993, 23 (33 f.).
- <sup>36</sup> *EuGH*, Rs. C-84/94, Vereinigtes Königreich/Rat, Slg. 1996, I-5755, Rn. 46 ff.; Schlussanträge von *Generalanwalt Léger*, ebenda, Nr. 129 f.; ausführlich dazu die Analyse bei *Calliess*, Fn. 14, S. 351 ff.
- <sup>37</sup> So zu Recht *Stein*, EWS 2001, 12 (16).
- <sup>38</sup> *Calliess*, Fn. 14, S. 71.
- <sup>39</sup> Dazu *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art 114, Rn 1.
- <sup>40</sup> So *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art. 114, Rn. 7; *Rohe*, RabelsZ 61 (1997), 1 (30 ff.); *Steindorff*, ZHR 1994, 149.
- <sup>41</sup> *EuGH*, C-491/01, British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD, Slg. 2002, I-11453.

- <sup>42</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, abgedruckt (gekürzt) in JZ 2001, 32 und (im Volltext) in EWS 2001, 27 ff.
- <sup>43</sup> Ausführlich und kritisch dazu *Schweitzer/Schroeder/Bock*, EG-Binnenmarkt und Gesundheitsschutz, 2002, 15 ff.; *Schroeder*, EuZW 2001, 489 ff.
- <sup>44</sup> EuGH, Rs. C-491/01, British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD, Slg. 2002, I-11453, Rn. 58 ff., Rn. 122 ff. und Rn. 165 ff. des Urteils.
- <sup>45</sup> EuGH, Rs. C-491/01, British American Tobacco (Investments) Ltd und Imperial Tobacco LTD, Slg. 2002, I-11453, Rn. 180.
- <sup>46</sup> *Langguth*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, Art. 5 EUV, Rn. 3.
- <sup>47</sup> Ausführlich *Calliess*, DVBl. 1998, 559 ff.
- <sup>48</sup> EuGH, Rs. C-62/88 Griechenland/Rat, Slg. 1990, I-1527, Rn. 19; EuGH, Rs. C-300/89 Kommission/Rat (Titanoxid-Richtlinie), Slg. 1991, I-2867, Rn. 10 ff; guter Überblick bei *Ullrich*, ZEuS 2000, 243 ff.
- <sup>49</sup> EuGH, Rs. C-62/88 Griechenland/Rat, Slg. 1990, I-1527, Rn. 13; Rs. C-300/89 (Fn. 48), Rn. 10; Rs. C-155/91 Kommission/Rat, Slg. 1993, I-939, Rn. 7; Rs. C-187/93 Europäisches Parlament/Rat, Slg. 1994, I-2857, Rn. 17; *Ruffert*, Jura 1994, 635 (640, 642); ähnlich *Kahl*, ThürVBl. 1994, 225 (229).
- <sup>50</sup> EuGH, Verb. C-164/97 u. C-165/97 Europäisches Parlament/Rat, Slg. 1999, I-1139 (Rn. 15); dazu Anmerkung von *Calliess*, ZUR 1999, 224; ferner *Ullrich*, ZEuS 2000, 243 (269 ff.).
- <sup>51</sup> EuGH, Gutachten C-2/00, Rn. 22 ff. = EuZW 2002, 113 mit Anmerkung *Pitschas*; kritisch zum Ergebnis des EuGH und damit für Art. 133 EUV *Herrmann*, NVwZ 2002, 1168 (1173 f.), der allerdings insoweit eher rechtspolitische Argumente vorträgt.
- <sup>52</sup> *Kahl*, ThürVBl. 1994, 274 ff.
- <sup>53</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247.
- <sup>54</sup> ABl Nr. L 213 vom 30.7.1998, 9.
- <sup>55</sup> Vgl. *Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom Dezember 1993*, abgedruckt in: *Schneider/Stein* (Hrsg.), The European Ban on Tobacco Advertising, 1999, 358.
- <sup>56</sup> Dazu *Stein*, in: FS Everling, 1995, 1439 (1450).
- <sup>57</sup> Hierzu *Reher/Schöner*, EWS 1998, 294 (295).
- <sup>58</sup> Ausführlich zur diesbezüglichen Vorgeschichte *Stein*, EWS 2001, 12 (13) m.w.N.
- <sup>59</sup> Dazu mit Blick auf die Tabakwerbeverbot-Richtlinie *Wägenbaur*, EuZW 1998, 33; *ders.*, EuZW 1998, 709 (710).
- <sup>60</sup> *Reher/Schöner*, EWS 1998, 294 (296).
- <sup>61</sup> *Caspar*, EuZW 2000, 237; *Nolte*, NJW 2000, 1144; *Reich*, NJW 1998, 1537.
- <sup>62</sup> Vgl. *von Danwitz*, Produktwerbung in der EU zwischen gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzschränken und europäischem Grundrechtsschutz, 1998; *Di Fabio*, AfP 1998, 564; *Eckert*, ZLR 2000, 636; *Ossenbühl*, ZLR 1999, 107; *Reher/Schöner*, EWS 1998, 294; *Schneider/Stein* (Hrsg.), The European Ban on Tobacco Advertising, 1999; *Schneider*, NJW 1998, 575; *ders.*, NJW 1998, 2191; *Schwartz*, AfP 1998, 553; *Schwarze* (Hrsg.), Werbung und Werbeverbote im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999; *Simma/Weiler/Zöckler*, Kompetenzen und Grundrechte. Beschränkungen der Tabakwerbung aus der Sicht des Europarechts,

- 1999; *Stein*, GS Grabitz 1995, 777; *ders.*, EuZW 1995, 435; *ders.*, ZLR 1998, 209; *ders.*, EuZW 2000, 337; *Wägenbaur*, EuZW 1999, 144; *ders.*, EuZW 2000, 549.
- <sup>63</sup> Klageschrift vom 19.10.1998, vgl. ABl. 1998 Nr. C 378, 12.
- <sup>64</sup> Vgl. Nr. 75 der Schlussanträge.
- <sup>65</sup> *Calliess*, Fn. 14, 138; ausführlich dazu auch *Berg*, Gesundheitsschutz als Aufgabe der EU, 2007, S. 463 ff.
- <sup>66</sup> Warnend mit Blick auf die Querschnittsklauseln schon *Stein*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, 1439 (1441 ff.).
- <sup>67</sup> Vgl. unter Nr. 68 ff. der Schlussanträge.
- <sup>68</sup> So zu Recht auch *Stein*, EWS 2001, 12 (15).
- <sup>69</sup> Treffende Formulierung bei *Stein*, EWS 2001, 12 (16).
- <sup>70</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 83.
- <sup>71</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 84.
- <sup>72</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 86.
- <sup>73</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 95-102.
- <sup>74</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106-114.
- <sup>75</sup> So zutreffend *Götz*, JZ 2001, 34 (35).
- <sup>76</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 84 und 99 ff.
- <sup>77</sup> Nr. 111 ff. der Schlussanträge.
- <sup>78</sup> *Stein*, EWS 2001, S 12 (15).
- <sup>79</sup> Missverständlich insoweit der Titel des Beitrags von *Stein*, EWS 2001, S 12: „Keine Europäische Verbots-Gemeinschaft – das Urteil des EuGH über die Tabakwerbeverbot-Richtlinie“.
- <sup>80</sup> Kritisch *Götz*, JZ 2001, 34 (36).
- <sup>81</sup> EuGH, Rs. C-376/98 Deutschland/Rat und Parlament, Slg. 2000, I-2247, Rn. 106 ff.
- <sup>82</sup> Dazu *Calliess*, Fn. 14, 110 ff.
- <sup>83</sup> EuGH, Rs. 8/74, *Dassonville*, Slg. 1974, 837 (852).
- <sup>84</sup> EuGH, Rs. C-267 und 268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rn. 13 ff.; dazu *Becker*, EuR 1994, 162 ff.
- <sup>85</sup> Dazu *Mayer*, EuR 2003, 793 (816 f.).
- <sup>86</sup> Hierzu *Jarass*, EuR 1995, 202 ff. und nochmals EuR 2000, 705 ff. m.w.N.; grundlegend mit teilweise kritischer Tendenz *Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999.
- <sup>87</sup> Dazu *Lüder*, EuZW 1996, 615 (621): „diffuses Bild“; ebenso *Dausen*, EuZW 1995, 425 (428).
- <sup>88</sup> Vgl. KOM (2011) 635 endg; dazu *Daiber* (Fn. 13), S. 205 ff.
- <sup>89</sup> EuGH, Rs. XXX, Slg. 2006, I-3733.
- <sup>90</sup> EuGH, Rs. C-380/03, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 2006, I-11573, Rn. 36 ff.; sehr kritisch *Stein*, EuZW 2007, 54; ähnlich *Rauber*, ZEuS 2007, 151; *Maierhöfer*, JZ 2007, 463; vgl. demgegenüber aber *Ludwigs* (Fn.12) , S. 216 ff.
- <sup>91</sup> Ausführlich *Calliess* (Fn. 14), S. 297 ff., insbes. 351 ff.; *ders.*, in: Bitburger



Gespräche 2011/I, 2012, S. 47 ff.

- <sup>92</sup> Vgl. dazu nur *Kahl*, in: *Calliess/Ruffert*, Kommentar zu EUV/AEUV, 2011, Art. 114, Rn. 9 f.; *Herrnfeld*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, Art. 95, Rn. 4 ff., 11 m.w.N.
- <sup>93</sup> Vgl. etwa *Rauber*, ZEuS 2007, 151; *Maierhöfer*, JZ 2007, 463.
- <sup>94</sup> Dazu *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 ff.; *Huber*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 194 ff.; *Calliess*, Gemeinwohl in der EU – Über den Staaten- und Verfassungsverbund zum Gemeinwohlverbund, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt, 2002, 173 ff.
- <sup>95</sup> Vgl. *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; zu Recht weist *Nettesheim*, ZEuS 2002, 507 (533 f. mit Fn. 60 und 62) insoweit darauf hin, dass die Verbundthese – schon um eine mit Blick auf das Demokratieprinzip bedenkliche Verantwortungsverwischung zu vermeiden – nicht dazu führen kann und darf, die Unterscheidung von Europarecht und nationalem Recht und die diesbezüglichen Gesetzgebungskompetenzen aufzugeben.
- <sup>96</sup> ABl.EG 2001 Nr. C 80, 85.
- <sup>97</sup> Vgl. dazu *Pernice*, JZ 2000, 866 ff.; *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 ff.
- <sup>98</sup> Vgl. näher zu Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise des Konvents: *Göler*, integration 2/2002, 99 ff.; *Riedel*, ZRP 2002, 241ff.; *Barnutz/Hüttemann*, integration 2/2002, 157 ff.
- <sup>99</sup> Europäischer Rat von Laeken, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, BulleU 12/2001, I.2 ff.
- <sup>100</sup> Entwurf, Vertrag über eine Verfassung für Europa, 18.7.2003, CONV 850/03.
- <sup>101</sup> Zu alledem *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 37 ff.
- <sup>102</sup> Ausführlich *Calliess*, Fn. 14, S. 65 ff.
- <sup>103</sup> Vertiefend dazu: *Calliess*, Subsidiaritätskontrolle durch Bundestag, Bundesrat und Landesparlamente, § 23, in: *Winfried Kluth/Günter Krings* (Hrsg.), Gesetzgebung – Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle, 2013, S. 563 ff.
- <sup>104</sup> Vgl. dazu etwa die Beiträge in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002; v. *Bogdandy/Bast*, EuGRZ 2001, 441 ff.; *Koenig/Lorz*, JZ 2003, 167 ff.
- <sup>105</sup> Dazu *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 ff.
- <sup>106</sup> Differenzierend dazu *Götz*, Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen der EU und den Mitgliedstaaten nach dem Europäischen Rat von Laeken, in: *Götz/Martínez Soria* (Hrsg.), Kompetenzverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, 2002, 83 (98 ff.) m.w.N.
- <sup>107</sup> *Ruffert*, EuR 2004, 192.
- <sup>108</sup> *Schwarze*, EuR 2003, 543; *ders.*, EuZW 2004, 137 sieht eine mögliche Lösung darin, Harmonisierungen nur bei denjenigen mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zu erlauben, „welche einen spezifischen und unmittelbaren Bezug zum Binnenmarkt haben“.
- <sup>109</sup> *Trübe*, ZaöRV 2004, 391.
- <sup>110</sup> Dazu im Hinblick auf die Bankenunion und Bankenaufsicht: EuGH Rs. XXX;

Waldhoff/Dieterich, EWS 2013, 72 ff.; Kämmerer, NVwZ 2013, 830 ff.

<sup>111</sup> Hierzu (mit eher skeptischem Unterton) *Ruffert*, ZG 2013, 1 (9 ff.); *Calliess*, DÖV 2013, 785 (790 ff.).

<sup>112</sup> So bereits *Calliess*, EuGRZ 2003, 181 ff.; ähnlich *Schröder*, JZ 2004, 10.



# Subsidiarität durch politische Verhandlung – Art. 5 Abs. 3 EUV als Verständigungsauftrag

PROF. DR. MARTIN NETTESHEIM

## A. These

In ihrer Schrift „De l’Allemagne“ (1810) kontrastiert Germaine de Staël die Vorliebe „lateinischer Nationen“ für eine „Erfahrungsphilosophie“ mit dem Interesse der germanischen Völker an „spekulativer Philosophie“.<sup>1</sup> Als Angehörige eines „metaphysischen Volks“ hätten die Deutschen die Neigung, sich einer Welt der Ideen hinzugeben, aus der heraus sie die Wirklichkeit zu verstehen suchten. Wenn die dabei entstehenden „metaphysischen Werke“ nicht auf Erfahrung oder Gefühl gegründet seien, hätten sie allerdings die Eignung, „den Gedanken zu ermüden“. Man fühlt sich an diese Bemerkungen erinnert, wenn man die rechtswissenschaftliche Diskussion Revue passieren lässt, die in den letzten zwanzig Jahren über das Subsidiaritätsprinzip im Recht der Europäischen Union geführt wurde.

Bekanntlich war die Einführung des Subsidiaritätsprinzips im Vertrag von Maastricht mit großen Hoffnungen und Erwartungen verbunden. Subsidiarität entwickelte sich zum normativen Ideal, von dem aus die Wirklichkeit des Integrationsprozess gedeutet und normativ angeleitet werden sollte.<sup>2</sup> In Kreisen deutscher Europarechtswissenschaft fand diese Idealisierung besonderen Anklang. Man fühlt sich an die Worte Mme de Staëls erinnert. Umstandslos ordnete man die vertraglichen Bestimmungen, durch die das Handeln der Europäischen Union auf die Idee der Subsidiarität verpflichtet werden sollte, als „normale“ Rechtsnormen ein. Ihnen wurde Rechtsqualität, rechtliche Bindungswirkung und Maßgeblichkeit für die Institutionen der europäischen Gerichtsbarkeit zugeschrieben. Man bemühte sich darum, die vertraglichen Aussagen, die in sich widersprüchlich waren, zu einem

kohärenten Satz maßgeblicher Orientierungssätze und Handlungsanleitungen umzuformulieren. Der Bestimmung des Art. 3b EGV (Maastricht) wurde so schnell in substanzieller Hinsicht eine Rechts(satz)qualität zugeschrieben, die sich von anderen nicht wesentlich unterscheiden sollte. Allenfalls in funktionaler Hinsicht sah man eine Besonderheit: Der EuGH würde der Politik „Beurteilungsspielräume“ zugestehen und eine „zurückgenommene Kontrolldichte“ zum Tragen bringen.

Ungeachtet dessen hat das Subsidiaritätsprinzip in den zwei Dekaden, die seit seiner Aufnahme in das EU-Recht<sup>3</sup> vergangen sind, nur wenige Spuren in der Rechtsentwicklung hinterlassen. Die Entwicklung hätte einem „erfahrungsphilosophisch“ orientierten Beobachter Anlass geben können, zu fragen, ob das Verständnis der Subsidiaritätsbestimmung (harte Rechtlichkeit und zurückgenommene „Kontrolldichte“) wirklich normadäquat ist. Darum soll es hier aber nicht gehen. Der Beitrag setzt vielmehr an der Beobachtung an, dass auch die jüngste und wesentliche Vertragsänderung durch den Vertrag von Lissabon vielen Beobachtern keinen Anlass gibt, das eingespielte Verständnis der Subsidiaritätsregeln zu überprüfen. Überwiegend geht man davon aus, dass der Subsidiaritätsmechanismus weiterhin von seinen substanziellen Rechtsbindungen her konzipiert werden müsse. Subsidiarität sei auch nach „Lissabon“ ein Rechtsbegriff, und die Institute der Subsidiaritätsrüge und –klage liefen auf eine Rechtsprüfung hinaus. Es ginge um die Aktualisierung „juristischer Begriffe“.<sup>4</sup> Auf diesem Hintergrund werden die Kommentierungen und Darstellungen des Subsidiaritätsprinzips, die ihre wesentliche Gestalt häufig schon in den 1990er Jahren erhielten, ohne große Veränderung fortgeschrieben. Es hat den Anschein, dass sich die Welt der Ideen nicht durch eine veränderte (Vertrags-)Wirklichkeit berührt zu fühlen braucht. Einem ideellen Verständnis der Vertragsbestimmungen verhaftet, das sich der Welt der Vertragsbestimmungen mit einem schon gefestigten Vorverständnis nähert, erschließt sich die Bedeutung der Vertragsänderung durch den Vertrag von Lissabon in der Tat kaum.

Im Folgenden soll dargelegt werden, dass die Subsidiaritätsregelungen des EU-Rechts durch das Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags<sup>5</sup> eine grundsätzliche Umformulierung erfahren haben. Diese Vertragsänderung hat den Subsidiaritätsmechanismus nicht einfach um zusätzliche Elemente

ergänzt, sondern in einer rechtsnormativ grundlegenden Weise reformuliert. An die Stelle eines Mechanismus, der aus der Perspektive eines substanziell-normativen Idealzustands zu konzipieren ist, ist ein prozedural zu begreifendes Regelensemble getreten. In Art. 5 Abs. 3 EUV ist nicht ein substanziell konzipierter Idealzustand der Zuständigkeitsverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten angelegt, der in verschiedenen Verfahrensschritten zur Lebenswirklichkeit gebracht werden kann. Der Vertragsbestimmung geht es darum, Verhandlungsräume aufzuspannen, in denen politisch über die Zweckmäßigkeit unionalen Handelns gestritten wird. Die Aufgabe der EU-Gerichtsbarkeit ist es, sicherzustellen, dass die Spielregeln dieser Verständigungsprozesse eingehalten werden. Subsidiarität ist damit nicht ein substanzieller Rechtsbegriff, sondern ein Verfahrenskonzept.

## **B. Subsidiarität als materiales Ordnungskonzept? Rechtspositive Regelungsmängel und integrationspolitische Gleichgültigkeit**

Entwicklungsgeschichtlich steht hinter dem Begriff der Subsidiarität zunächst und vor allem ein substanzielles Ordnungskonzept.<sup>6</sup> Ich muss in diesem Kreis nicht nochmals über die Wurzeln dieses Ordnungskonzepts berichten. Es steht für eine regulative Idee, vermittelt derer zwischen den Zielen, die im Integrationsprozess verfolgt werden, und der Handlungskapazität der Ebenen EU und Mitgliedstaaten eine analytisch-empirische Relation hergestellt wird. Der Idee nach spiegelt sich im Subsidiaritätsprinzip der architektonische Bauplan der EU als einem föderalen Gebilde wider, in dem der unteren Ebene bei der Aufgabenerledigung der Vorrang zukommt. Ein materiales Verständnis von Subsidiarität kommt allerdings ohne Aussagen zur Finalität der Integrationsbewegung nicht aus. Ohne derartige Aussagen wird jeder Versuch, diesem Bauplan eine konkretere Gestalt zu verleihen, scheitern. Wer Subsidiarität als materiales Ordnungskonzept begreift, muss Antworten auf die Frage nach dem Weg und Ziel der Integration beantworten.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass schon der Vertragswortlaut nicht

die Grundlage dafür bietet, einen derartigen architektonischen Bauplan zu entwickeln (nachfolgend I.). Zudem sind auch die EU-Institutionen nicht daran interessiert, einen derartigen Bauplan zu entwickeln (nachfolgend II.). Dies liegt nicht zuletzt daran, dass im Kreis der Mitgliedstaaten über die in den Verträgen angelegte Finalität und die zu ihrer Realisation zu ergreifenden Maßnahmen keine Einigkeit herrscht (nachfolgend III.).

### *I. Kritik der vertraglichen Konzeption*

Bei der Entwicklung einer materialen Konzeption subsidiärer Zuordnung von EU und Mitgliedstaaten hilft der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV nicht weiter. Diese Formulierung ist so missglückt, dass sie den Eindruck erweckt, ihre Verfasser wollten eine Effektivierung der Idee der Subsidiarität nachgerade verhindern. Der Vertragsgeber zielt darauf ab, in Bereichen, in denen EU und Mitgliedstaaten konkurrierend oder parallel zuständig sind,<sup>7</sup> Regeln und Maßstäbe für eine Zuständigkeitszuordnung an die Hand zu geben. Bekanntlich verlangt die Bestimmung, im Lichte der Ziele, die hinter der „in Betracht gezogenen Maßnahme“ stehen, zu klären, ob nicht auch ein mitgliedstaatliches Handeln „ausreichend“ ist. Daran schließt sich die Prüfung an, ob nicht die Ziele „wegen ihres“<sup>8</sup> Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“

#### 1. Bezugspunkt der Subsidiaritätskontrolle: Politische Ziele der EU- Organe

Die größte Schwäche liegt darin, dass der Subsidiaritätsmaßstab nicht an den Zielen des EU-Vertrags anknüpft, sondern an den Zielen, die die handlungswillige EU-Institution mit der in Betracht gezogenen Maßnahme verfolgt.<sup>9</sup> Wenn die EU-Institution sich als Ziel die Herstellung einer Rechtslage setzt, die durch Einheit gekennzeichnet ist, wird die hierauf bezogene Prüfung mitgliedstaatlichen Handlungsvermögens immer zur Feststellung der Inferiorität und Ungenügsamkeit kommen. Eine wirksame Begrenzung integrationspolitischer Wunschvorstellungen der EU-Institutionen könnte Art. 5 Abs. 3 EUV nur dann bewirken, wenn es hinreichend konkrete übergeordnete (vertragliche) Zielvorgaben gäbe, die Vorgaben darüber machten, wie viel Einheit und wie viel Vielfalt in der

EU geboten sind, und Art. 5 Abs. 3 EUV hierauf Bezug nähme. Nur dann könnte die Bestimmung wirksame Vorgaben für die Klärung bereit stellen, welche konkreten Ziele und Maßnahmen von den EU-Institutionen verfolgt bzw. ergriffen werden können. Offensichtlich bestünden auch dann erhebliche normative Unsicherheiten und gäbe es auch dann erheblichen Raum für Meinungsverschiedenheiten. Immerhin wäre dann aber eine grundlegende strukturelle Schwäche des Art. 5 Abs. 3 EUV beseitigt.

Die EU-Institutionen nützen den ihnen nach Art. 5 Abs. 3 EUV überantworteten Begründungsspielraum offensiv aus. Wenn sie handeln wollen, machen sie geltend, die Überwindung von „Regelungsdifferenzen“ oder eine „einheitliche Rechtslage“ anzustreben. Dieses Ziel können die Mitgliedstaaten offensichtlich allein nicht realisieren. Insofern haben es die EU-Institutionen weitgehend in der Hand, durch eine ihren politischen Absichten entsprechende Zieldefinition den Ausgang der rechtsdogmatischen Prüfung zu determinieren.<sup>10</sup> Vom Wortlaut her errichtet der Subsidiaritätsmaßstab in Art. 5 Abs. 3 EUV nicht absolute, für die EU-Institutionen unverfügbare Grenzen. Dem relativen Maßstab des Art. 5 Abs. 3 EUV können die EU-Institutionen schon dadurch genügen, dass sie ihre Ziele in einer Weise formulieren, dass die Heterogenität mitgliedstaatlichen Handelns zu kurz greift.

## 2. Unschärfe der Operationalisierungsmaßstäbe

Der – relative – Kontrollmaßstab des Art. 5 Abs. 3 EUV umfasst dann zwei Teilkriterien. Sie haben unterschiedliche Fragestellungen zum Gegenstand.

Dem ersten Kriterium liegt ein Denken in Zweck-Mittel-Relationen zugrunde. Es geht um die Klärung, ob die Mitgliedstaaten – je für sich handelnd – den von der EU-Institution vorformulierten (hypothetischen) Zielzustand herstellen könnten. Der Vertrag lässt diesbezüglich entscheidende Fragen offen: Ist in diese Prüfung der Zielzustand einzustellen, den die EU-Kommission mit der von ihr geplanten Maßnahme subjektiv anstrebt (ex ante-Perspektive)? Oder kommt es auf den Zielzustand an, den die einer gerichtlichen Kontrolle unterzogene Maßnahme tatsächlich bewirkt hat (ex-post-Perspektive)? Wie ist zu

verfahren, wenn sich den Äußerungen eines EU-Organs nur rudimentär entnehmen lässt, wie der angestrebte Zielzustand auszusehen hat? Ebenfalls bleibt unklar, ob unionales Handeln schon dann unzulässig wird, wenn die Mitgliedstaaten handeln könnten, oder ob ein Handeln tatsächlich zu erwarten oder gar zu beobachten sein muss. Schließlich lässt der scheinbar eingängige Maßstab offen, wie in einer Situation zu verfahren ist, in der die mitgliedstaatliche Aktion einen Zustand herbeiführt, in wesentlichen Aspekten das von den EU-Organen angestrebte Ziel realisiert, in anderen aber zurückfällt. Der Maßstab enthält damit so viele normative Unwägbarkeiten, dass die Durchführung und der Ausgang einer Zweck-Mittel-Prüfung zu einer Angelegenheit werden, die kaum einer normativen Steuerung unterliegt. Der Ausgang ist im Wesentlichen in das Belieben des kontrollierenden EU-Organs gestellt.

Das zweite Kriterium wirft eher noch mehr Fragen auf.<sup>11</sup> Es hat einen gradualisierbaren Bezugspunkt. Ihm zufolge ist danach zu fragen, ob die Ziele nicht aufgrund der Art der geplanten Maßnahme („Umfang“) oder aufgrund ihrer Wirkungen „besser auf Unionsebene“ verwirklicht werden“ können. Dieser Maßstab räumt den EU-Institutionen weitgehende Verfügungsmacht über das Subsidiaritätsprinzip ein: Nicht nur sind sie es, die die anzustrebenden Ziele definieren, in deren Licht dann die Prüfung der angestrebten Maßnahme zu unternehmen ist. Ihnen wird auch das Recht eingeräumt, eine „geplante Maßnahme“ ins Gespräch zu bringen, deren Effektivität („Mehrwert“) dann geprüft werden muss. Über die Möglichkeit der Zieldefinition und der Benennung einer „schwergewichtigen“ Maßnahme haben die EU-Institutionen es eigentlich immer in der Hand, eine bessere Handlungseffektivität darzulegen. Mit dem zweiten Maßstab lässt sich verhindern, dass die EU Maßnahmen marginaler Bedeutung (ohne „Mehrwert“) ergreift. Die für die Integrationsentwicklung besonders wichtigen wesentlichen Maßnahmen mit strukturverschiebender Wirkung werden einen derartigen Mehrwert aber regelmäßig aufweisen. Am zweiten Prüfungsmaßstab können eigentlich nur gänzlich ungeeignete EU-Maßnahmen scheitern. Ein großes Anwendungsfeld kommt dem zweiten Teilmaßstab damit nicht zu.

Die beiden Teilkriterien des Art. 5 Abs. 3 EUV werden im Vertrag nicht klar zugeordnet. Im ursprünglichen EUV (Maastricht) fand sich eine sprachliche Verknüpfung, die schlicht unsinnig war und inzwischen

gestrichen worden ist. Das – inzwischen wieder aufgehobene – Subsidiaritätsprotokoll im Vertrag von Amsterdam verlangte, dass beide Kriterien kumulativ zur Anwendung kommen müssten.<sup>12</sup> In der Praxis wurde diesem Erfordernis nur selten entsprochen. Im jetzt geltenden Protokoll findet sich keine klare Zuordnung. Nach Sinn und Zweck wird man weiterhin davon ausgehen müssen, dass die Erfüllung beider Kriterien (kumulativ) hinreichende und notwendige Voraussetzung für ein Handeln der EU ist. Danach ist ein EU-Handeln schon dann unzulässig, wenn sich ein mitgliedstaatliches Handeln als „ausreichend“ im Sinne des erstgenannten Kriteriums darstellt. Selbst wenn die Mitgliedstaaten je individuell nicht über eine „ausreichende“ Handlungskapazität verfügen, müsste immer noch (kumulativ) mit dem zweiten Kriterium geprüft werden, ob die in Frage stehende EU-Maßnahme den sog. „Mehrwert“ bringt. In der Praxis ist allerdings immer wieder zu beobachten, dass die EU-Institutionen die Dichotomie der beiden Teilkriterien zu verschleifen versuchen. So wirft der EuGH in seiner Entscheidung vom 10. Dezember 2002 die Frage auf: „Um entscheiden zu können, ob die Richtlinie im Einklang mit dem Subsidiaritätsgrundsatz erlassen worden ist, ist zunächst zu prüfen, ob das Ziel der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden konnte.“<sup>13</sup> Ob eine mitgliedstaatliche Maßnahme ausreichend ist, wird vom Gerichtshof (entgegen der klaren Formulierung im Vertrag) nicht thematisiert. Die unverzügliche Verwendung des zweiten Kriteriums ermöglicht es dem EuGH, die eigentlich zentrale Beschäftigung mit der mitgliedstaatlichen Handlungseffizienz zu umgehen.

Die Anhängerinnen und Anhänger der Idee eines subsidiaritätsverpflichteten Handelns kann das sich herauskristallisierende Bild nicht optimistisch stimmen. Nicht nur verzichtet der Vertragsgeber – durch die Anknüpfung an die Ziele des handelnden EU-Organs – auf absolute und unverfügbare Grenzziehungen. Die von ihm formulierten Kriterien sind so unscharf, dass sie eine Bindungswirkung kaum zu entfalten vermögen. Die Parallelität zweier Maßstäbe lädt dazu ein, sie gegeneinander auszuspielen. Im Ergebnis wird die Verfügung über die Grenzen des Art. 5 Abs. 3 EUV weitgehend in die Hand der EU-Organe gelegt.



## *II. Subsidiarität in der Rechtspraxis*

Diese knappe Analyse macht deutlich, dass die vertragliche Formulierung des „Subsidiaritätsprinzips“ keine hinreichende Basis dafür liefert, eine subsidiaritätsgemäße Grundarchitektur „abzuleiten“ und dem politischen Prozess vorzuschreiben. Ungeachtet dessen hätte sich im Zuge der inzwischen zwanzigjährigen Beschäftigung mit dem Subsidiaritätsmechanismus ein Konsens über materiale Bindungen herauskristallisieren und von der EU-Gerichtsbarkeit zum bindenden Maßstab gemacht werden können. Offene und unbestimmte Vertragsbestimmungen können im rechtlichen Diskurs von Praxis und Wissenschaft einen konkreten normativen Gehalt gewinnen. Dies zeigt etwa die Entwicklung bei Art. 34 AEUV (Warenverkehrsfreiheit). Hierzu ist es aber nicht gekommen. Insbesondere haben sich die EU-Institutionen nicht darum bemüht, sich über Art. 5 Abs. 3 EUV selbst Fesseln anzulegen.<sup>14</sup> Alles andere wäre institutionenökonomisch auch mehr als verwunderlich. Natürlich ist der Wille der EU-Institutionen, sich durch ein materiales Verständnis des Subsidiaritätsprinzips Schranken aufzuerlegen, gering. Die hochgesteckten Erwartungen, die man anfangs an die neue Vertragsbestimmung richtete (und teilweise bis heute richtet), müssen aus dieser Perspektive heute merkwürdig erscheinen.

### **1. Indifferenz des Europäischen Gerichtshofs**

Der EuGH legte gegenüber Art. 5 Abs. 3 EUV immer eine distanzierte, ja sogar gleichgültige Haltung an den Tag.<sup>15</sup> Es dauerte eine Weile, bis er zu erkennen gab, dass er die Regelung des Art. 3b EGV (Maastricht) überhaupt als bindende Vertragsbestimmung ansah. Dies stieß manchenorts auf Missfallen; andernorts löste es Ungeduld aus. Umso größer war dann die Erlösung, als der EuGH Anfang des neuen Millenniums erstmalig feststellte, dass die Bestimmungen über die Subsidiarität justiziabel seien.<sup>16</sup> Hiervon ist er nicht mehr abgerückt.<sup>17</sup> Zu greifbaren Folgen hat dies aber nicht geführt. Der EuGH wendet sich der Subsidiaritätsprüfung ohne erkennbaren Ehrgeiz und ohne große Bemühungen zu. Dem EuGH wird zu Recht vorgeworfen, er sei der Interpretation und Konkretisierung der subsidiaritätsbezogenen Begriffe des Vertrags in der Vergangenheit „ausgewichen“<sup>18</sup>. Dies kommt schon im



Aufbau seiner Entscheidungen zum Ausdruck. Das Luxemburger Gericht unterwirft die angegriffene Maßnahme regelmäßig zunächst einer Verhältnismäßigkeitsprüfung. Erst nach Feststellung der Verhältnismäßigkeit erfolgt dann eine Prüfung der Subsidiarität.<sup>19</sup>

Inhaltlich fällt die Beschäftigung mit der mitgliedstaatlichen Handlungseffektivität insofern oberflächlich aus.<sup>20</sup> Die Ziele, die der EU-Normgeber zu verfolgen beansprucht, werden immer akzeptiert.<sup>21</sup> Sie konzentriert sich auf die Frage, ob die handelnden Institutionen hinreichende Gründe für die Annahme vorgebracht haben, dass ein EU-Handeln einen „Mehrwert“ (im Sinne des zweiten Prüfungsmaßstabs) erbringen wird. So fragt der EuGH in seiner durchaus typischen Entscheidung „*British American Tobacco*“<sup>22</sup> zunächst, ob das Ziel der angegriffenen Rechtssetzungsmaßnahme auf Gemeinschaftsebene besser erreicht werden konnte.<sup>23</sup> Er stellt dann fest: „Wie der Gerichtshof in Randnummer 124 dieses Urteils festgestellt hat, bezweckt die Richtlinie die Beseitigung der Hemmnisse, die sich aus den Unterschieden ergeben, die noch zwischen den Vorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen fortbestehen, wobei sie gemäß Artikel 95 Absatz 3 EG gleichzeitig ein hohes Schutzniveau im Bereich der Gesundheit sicherstellen soll.“<sup>24</sup> Es fällt ihm leicht darzulegen, dass eine Beseitigung von Hindernissen im Binnenmarkt nicht von den Mitgliedstaaten geleistet werden kann. Noch nie hat sich der EuGH *vertieft* mit der Frage befasst, welche Handlungskapazitäten den Mitgliedstaaten zur Bewältigung einer bestimmten Problemlage zur Verfügung stehen. Auf diesem Hintergrund verwundert es auch nicht, dass der EuGH Art. 5 Abs. 3 EUV nicht als Vorschrift begreift, die von Bürgerinnen und Bürgern subjektiv eingefordert werden kann.<sup>25</sup>

Immerhin ist dem EuGH diesbezüglich ein konsequentes Vorgehen zu attestieren. Dies belegt ein Seitenblick auf seine Praxis der allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung.<sup>26</sup> Auch hier hat er die Legitimität eines von dem handelnden EU-Organ verfolgten Zieles noch nie in Frage gestellt. Zudem zeigt er sich auch hier bei der Prüfung der Zweck-Mittel-Relation (Geeignetheit und Erforderlichkeit) zurückhaltend. Die Angemessenheitsprüfung, die nicht ohne Rückgriff auf materiale

Standards der Wertigkeit von Interessen und Gütern auskommt, fällt bei ihm entweder ganz aus, oder sie erfolgt mit ganz großer Zurückhaltung. Dieses Vorgehen ähnelt dem, was bei der Prüfung von Art. 5 Abs. 3 EUV zu beobachten ist.<sup>27</sup>

Der EuGH schließt sich insofern den allgemeinen Praktiken in föderalen Systemen an. Der Streit um die Zuständigkeit verschiedener Ebenen wird in föderalen Systemen vor allem politisch ausgetragen. Eingriffe in diesen Prozess fallen den Verfassungsgerichten schwer, weil ihnen juristische Maßstäbe fehlen, wenn kein Verstoß gegen eine konkrete Kompetenzbestimmung aufgezeigt werden kann. In vielen Föderalordnungen enthalten sich die Verfassungsgerichte daher auch der Durchsetzung von Regelungen, in denen sich die Subsidiaritätsidee verkörpert. In Deutschland hat auch eine Verfassungsänderung die grundsätzliche Skepsis des BVerfG nicht beseitigen können. Versucht ein oberstes Gericht demgegenüber aktivistisch, seine Vorstellungen über die „richtige“ Zuständigkeitsverteilung durchzusetzen, begibt es sich schnell in eine prekäre Situation. Der US-amerikanische Supreme Court ist hierfür ein Beispiel. Nicht nur zeigen sich in der Richterschaft tiefe Differenzen, wenn es um die Rolle der „state rights“ geht. Auch in der Gesellschaft entfalten diesbezügliche Entscheidungen regelmäßig nur geringen Befriedungseffekt.

## 2. Unwilligkeit der Europäischen Kommission

Auch in der Kommissionpraxis hat die Vertragsbestimmung bislang keine greifbaren normativen Folgen gezeitigt.<sup>28</sup> Gewiss: In den vergangenen zwei Dekaden ist es immer wieder dazu gekommen, dass einzelne Rechtsetzungsvorschläge unter Berufung auf Subsidiaritätserwägungen zurückgezogen wurden (so etwa die geplante Regelung der Haltung von Zootieren oder die Harmonisierung der Kennzeichnung von Schuhen<sup>29</sup>). Viele dieser Abirrungen wären aber möglicherweise auch ohne die Existenz einer vertraglichen Subsidiaritätsbestimmung politisch verhindert worden. Im Übrigen war das Subsidiaritätsprinzip gerade nicht darauf angelegt, marginale Abirrungen zu bekämpfen. Die Bestimmung sollte sich zu einem architektonischen Grundpfeiler oder – in den Worten *Thomas Oppermanns* – zu einer „Leitidee der europäischen Integration“

entwickeln.<sup>30</sup>

Der Integrationsverlauf der letzten zwei Jahrzehnte macht deutlich, dass dieser Anspruch nicht eingelöst werden konnte. Die Stellen der EU-Kommission sehen in Art. 5 Abs. 3 EUV keine fühlbare Handlungseinschränkung verankert. Die EU-Kommission dokumentiert ihre Beschäftigung mit dem Subsidiaritätsprinzip formelhaft und oberflächlich, ohne dass ein echter Wille zur materialen Aufladung zu erkennen ist.<sup>31</sup> Es haben sich Begründungsroutinen herausgebildet, die wenig Gewinn bringen und der ursprünglichen Hoffnung der Verfechter der Subsidiaritätsidee nicht gerecht werden. Die in Art. 5 des Subsidiaritätsprotokolls (2007)<sup>32</sup> enthaltenen Vorgaben haben hieran nichts geändert.

### 3. Eine Fallstudie: Der Streit um die Regelung der Flughafengebühren

Die vorstehenden Bemerkungen lassen sich anhand eines kleinen Fallbeispiels veranschaulichen. Eher zufällig soll hier der Streit um die Subsidiaritätskonformität der Vereinheitlichung der Flughafenentgelte (Rs. C-176/09) geschildert werden. In der verfahrensgegenständlichen Richtlinie<sup>33</sup> begründet der EU-Normgeber die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips mit dem Erfordernis, Missbräuche der Flughafengesellschaften bei der Festlegung von Gebühren zu verhindern. „Es ist erforderlich, einen gemeinsamen Rahmen zu schaffen, der die wesentlichen Merkmale von Flughafenentgelten und deren Festsetzung regelt, da in Ermangelung eines solchen Rahmens grundlegende Anforderungen in den Beziehungen zwischen den Flughafenleitungsorganen und den Flughafenutzern möglicherweise nicht eingehalten werden.“<sup>34</sup> Zum Subsidiaritätsgebot bemerkt der Richtliniengeber dann Folgendes: Dieses Ziel könne „auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden ..., weil Flughafenentgeltregelungen auf nationaler Ebene nicht gemeinschaftsweit einheitlich aufgestellt werden können, und daher wegen seines Umfangs und seiner Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen ist.“<sup>35</sup> Natürlich ist es richtig, dass es außerhalb der Regelungsmöglichkeit der Mitgliedstaaten liegt, eine gemeinschaftsweit einheitliche Regelung zu schaffen. Die Argumentation ist aber unschlüssig, weil sie in jedem Fall

zur Zuständigkeit der EU führt und Art. 5 Abs. 3 EUV leerlaufen lässt. Sie illustriert, wie sich der EU-Normgeber der aus dem Subsidiaritätsprinzip folgenden Lasten entledigt.

Auch die vom Generalanwalt vorgenommene Verteidigung der Subsidiaritätskonformität der Entgeltharmonisierung vermag nicht zu überzeugen. In seinen Schlussanträgen vom 16. Dezember 2010 weist Generalanwalt Mengozzi auf die Gefahr einer „divergierenden Entwicklung nationaler Regelungen“ hin. „Derartige Divergenzen könnten langfristig zu Ineffizienz führen und in der unmittelbaren Gegenwart auch missbräuchliche Verhaltensweisen seitens der Flughäfen zum Nachteil der Fluggesellschaften begünstigen. Man darf schließlich auch nicht außer Acht lassen, dass der Luftverkehr seiner Natur nach eine überwiegend transnationale Tätigkeit darstellt und daher im Allgemeinen für eine Regelung auf der Ebene der einzelnen Mitgliedstaaten kaum geeignet ist.“<sup>36</sup> Diese Ausführungen muten nicht wirklich kohärent an. Zunächst zielt der Subsidiaritätsgedanke gerade nicht auf die Herstellung von Effizienz ab; zudem kann regulativer Wettbewerb gerade auch effizienzfördernd sein. Zudem vermag auch der pauschale Hinweis auf Missbrauchsgefahren schwerlich eine Zuständigkeit der EU zu begründen; denn dieser Hinweis ist immer möglich. Der Hinweis auf die Natur des Luftverkehrs ist schließlich nicht schlüssig: Würde der EU-Normgeber diese Sichtweise teilen, hätte er der EU eine ausschließliche Regelungskompetenz zugewiesen.

Auch der EuGH unternimmt nicht den Versuch, die Richtlinie einer strikteren Kontrolle zu unterziehen. In seiner Entscheidung vom 12. Mai 2011 zieht er sich darauf zurück zu prüfen, ob es den mitgliedstaatlichen Stellen möglich ist, die Ziele des EU-Normgebers (ausreichend) zu verwirklichen. Natürlich kommt er diesbezüglich zu einem negativen Ergebnis: „Im vorliegenden Fall hat das Großherzogtum Luxemburg seinen dritten Klagegrund nicht derart substantiiert dargelegt, dass sich gerichtlich überprüfen ließe, wie das mit der Richtlinie 2009/12 verfolgte Ziel in einem Mitgliedstaat, in dem der Hauptflughafen die in Art. 1 Abs. 2 dieser Richtlinie vorgesehene Mindestgröße nicht erreicht, mit einer nationalen Regelung erreicht werden könnte.“<sup>37</sup>

Die vorstehende kleine Fallanalyse belegt, wie gering der Wille der EU-

Institutionen ist, sich auf eine ernsthafte Prüfung des Subsidiaritätsprinzips einzulassen.

#### 4. Ratlosigkeit der Wissenschaft

Die vorstehenden Beobachtungen überraschen nicht. Ein derartiges Gefühl stellt sich eher beim Blick auf die Rechtswissenschaft ein. Hier macht sich eine auffällige Differenz bemerkbar. Obgleich es gerade in Deutschland eine Vielzahl von Wissenschaftlern gibt, die sich für eine Aufwertung und Durchsetzung des Subsidiaritätsprinzips aussprechen, sind die Fortschritte bei der Entwicklung materialer Konzeptionen einer subsidiaritätskonformen Ordnung eher gering. Mir ist keine rechtswissenschaftliche Abhandlung bekannt, die eine ausgearbeitete materiale Konzeption der Zuständigkeitsabgrenzung von EU und Mitgliedstaaten enthielte. Die diskussionsbestimmenden Versuche, eine Aussage über das Verhältnis von EU und Mitgliedstaaten zu entwickeln, stammen sämtlich aus dem Bereich der Wirtschaftswissenschaften (Effizienz), der Philosophie (Angemessenheit und Klugheit) und der Politikwissenschaften (Interesse)<sup>38</sup>. Zwischen der Forderung mancher Rechtswissenschaftler, dass es um eine Stärkung des Subsidiaritätsprinzips und um eine Intensivierung seiner Bedeutung gehen müsse, und der Unfähigkeit, eine normative Konzeption guten föderalen Zusammenseins in einem mehrebigem Europa zu entwickeln, besteht insofern eine merkwürdige Differenz.

#### *III. Politische Unterschiede in der Beurteilung eines Subsidiaritätsbedürfnisses*

Die Entwicklung einer materialen Konzeption von Subsidiarität fällt der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auch deshalb schwer, weil es nicht möglich ist, diesbezüglich an einen mitgliedstaatlichen Konsens anzuknüpfen. Die Erfahrungen mit dem 2009 eingeführten Frühwarnsystem machen deutlich, dass es im Kreis der Mitgliedstaaten keine gemeinsamen Vorstellungen darüber gibt, welche Maßnahmen der Idee der Subsidiarität zuwider laufen. Die mitgliedstaatlichen Institutionen lassen weit auseinander fallende Positionen erkennen. Was in dem einen Mitgliedstaat als Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip erscheint, nimmt

man in einem anderen Mitgliedstaat nicht nur hin, sondern sieht es vielleicht gar in eigenen Vorteil liegend an. Offensichtlich gehen integrationspolitische Ordnungsvorstellungen und das Eigeninteresse der Mitgliedstaaten nicht immer eindeutig vorhersehbare Verbindungen ein. Die „Subsidiaritätsrügen“ belegen jedenfalls, wie unterschiedlich die Vorstellungen über den Weg Europas sind. Eine Sichtung ergibt einen Mikrokosmos der Vorstellungen darüber, wofür die EU stehen soll. Bei der Sichtung der inzwischen eingegangenen Subsidiaritätsrügen fällt zudem auf, dass sich Fragen des mitgliedstaatlichen Leistungsvermögens mit Fragen der Souveränitätsrelevanz vermischen. Die Diskussion um Subsidiarität in der EU zeigt insofern vielfältige Anklänge an Diskussionsverläufe, die in Deutschland inzwischen unter dem Topos „Verfassungsidentität“ geführt werden. Schließlich spielen auch politische Interessen und Wünsche bei der Entscheidung über die Frage eines Vorgehens nach Art. 5 Abs. 3 EUV hinein.<sup>39</sup> Diese Diversität normativ in einem Rechtsprinzip abbilden zu wollen, würde dem Anliegen, Pluralität und Vielfalt in der EU anzuerkennen, keine Gerechtigkeit widerfahren lassen. Zu befürchten wäre, dass sich eine Ordnungsvorstellung zu Lasten konkurrierender Vorstellungen zuzusetzen versuchte.

Um einen Eindruck von der Vielfalt der Einwände zu erhalten, muss man sich nur die jüngst aus Deutschland nach Brüssel übermittelten Rügen anschauen. So hat der Bundesrat 2013 drei Rügen erhoben.<sup>40</sup> Er greift den Verordnungsvorschlag über die Aus- und Fortbildung auf dem Gebiet der Strafverfolgung (Europol) an, zudem den Kommissionsvorschlag zur Einführung einer einheitlichen Standard-Mehrwertsteuererklärung, schließlich einen Richtlinienvorschlag zur Schaffung eines Rahmens für die maritime Raumordnung und das integrierte Küstenzonenmanagement. Der Bundestag hat inzwischen drei Rügen seit Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags erhoben, davon zuletzt 2012 einen Angriff auf eine Verordnung über einen Fonds für Hilfsbedürftige.

Auf diesem Hintergrund würde sich jeder Versuch der Entwicklung materialer Standards einer Subsidiaritätskontrolle auf einem heterogenen und politisch umstrittenen Feld bewegen. Einem Gericht den Auftrag zu erteilen, in einem derartigen Umfeld präskriptiv Standards zu entwickeln, liegt zwar dem deutschen Verständnis von der Rolle eines Verfassungs- oder Obergerichts nicht ganz fern. Dem Selbstverständnis des EuGH

entspricht es aber ebenso wenig wie jenem einer Vielzahl der anderen Mitgliedstaaten. Mit Fug und Recht lässt sich die Frage stellen, warum der EuGH eingreifen sollte, wenn der von den Mitgliedstaaten getragene Vertragsgeber der EU eine (konkurrierende) Kompetenz einräumt, der politische Wille besteht, hiervon Gebrauch zu machen und materiale Standards, die dem entgegengehalten werden könnten, nicht zu ermitteln sind. Hinter Art. 5 Abs. 3 EUV steht keine greifbare substantielle Konzeption, auf die der EuGH zurückgreifen könnte, um die bei einem weitreichenden Eingriff in den politischen Prozess entstehende Legitimationslast abzustützen.

#### *IV. Ernüchternde Zwischenbilanz nach zwanzig Jahren*

Das Bild, das sich nach zwanzigjähriger Beschäftigung mit dem unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzip abzeichnet, ist damit ernüchternd. Der vom Vertragsgeber formulierte Text lässt nicht nur viele Fragen offen. Er fällt auch hinter die integrationspolitischen und verfassungstheoretischen Erwartungen zurück, die mit der Redeweise vom Subsidiaritätsprinzip als Leitprinzip der Integration verbunden werden. Diesen Erwartungen wird nicht dadurch entsprochen, dass geprüft wird, ob die Ziele, die sich die handelnden EU-Institutionen setzen, nicht auch von den Mitgliedstaaten erfüllt werden können. Die bewusste, absichtliche, über ausgreifende Zielsetzungen verfolgte Ausweitung der Unionsaktion lässt sich so gerade nicht verhindern. Damit fehlt es an einem vertraglichen Anknüpfungspunkt, an dem ein materiales Subsidiaritätsverständnis, das den EU-Institutionen absolute Grenzen zöge, ansetzen könnte.<sup>41</sup> Die EU-Gerichtsbarkeit hat sich auch nicht darum bemüht, in Wahrnehmung richterrechtlicher Spielräume ein derartiges Verständnis zu entwickeln. Und der Blick in die Mitgliedstaaten belegt, dass sich dort keinesfalls ein Konsens darüber nachweisen lässt, wo unionales Handeln geboten und wo nach der Subsidiaritätsidee Handlungsräume der Mitgliedstaaten erhalten bleiben sollen.

### **C. Die Umstellung der Rationalität durch das Frühwarnsystem**



Wie ist auf diesem Hintergrund die Einführung des Frühwarnsystems durch das Subsidiaritätsprotokoll des Lissabon-Vertrags zu deuten? Über vier Jahre nach Inkrafttreten dieses Vertrags hat die Frage, wie sich der Subsidiaritätsmechanismus durch die Ergänzung um das in Art. 6 und 7 des Protokolls<sup>42</sup> enthaltene Frühwarnsystem verändert hat, erstaunlich wenig Beachtung gefunden.<sup>43</sup> Zwar hat man sich ausführlich mit der Frage befasst, ob sich die Subsidiaritätsrüge nach Art. 6 des Protokolls auf Einwände subsidiaritätsbezogener Natur beziehen muss. Hier ist man sich inzwischen einig, dass eine derartige Begrenzung vertraglich nicht erzwungen wird. Eine Subsidiaritätsrüge kann daher auch das Fehlen einer EU-Kompetenz oder die Unverhältnismäßigkeit der geplanten Maßnahme zum Gegenstand haben. Die Frage, was die Ergänzung des Subsidiaritätsmechanismus um ein „Frühwarnsystem“ im Allgemeinen bedeutet, hat in der Jurisprudenz<sup>44</sup> aber bislang nicht die ihr zukommende Beachtung gefunden.<sup>45</sup>

### *I. Perspektiven der Zuordnung von Rüge und Klage*

Im Grundsatz sind drei Positionen denkbar, um das Zusammenspiel der beiden Teilelemente des Subsidiaritätsmechanismus zu deuten. In manchen Darstellungen schimmert die Auffassung durch, dass zwischen dem Verfahrensabschnitt des Frühwarnsystems und einer möglichen späteren Gerichtskontrolle kein normativer Zusammenhang besteht. Während im ersten Verfahrensabschnitt über politische Präferenzen gestritten werde, gehe es im Rahmen des Subsidiaritätsklageverfahrens um die Konkretisierung und Anwendung eines Rechtsmaßstabs.<sup>46</sup> Beide Verfahren werden, so die Folgerung, weder durch eine gemeinsame Klammer verbunden, noch lässt sich ein gemeinsamer Fluchtpunkt erkennen.

In anderen Darstellungen findet sich dagegen der Versuch einer konsequenten Rekonstruktion beider Teilelemente des Subsidiaritätsmechanismus als ein Verfahren zur Klärung einer Rechtsfrage. Diese Position wird etwa in dem schon erwähnten Beitrag von *Ralph Alexander Lorz* eingenommen.<sup>47</sup> Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage dienen danach der Klärung einer Rechtsfrage; sie zielen auf die Herbeiführung einer Rechtsentscheidung ab. Das



Frühwarnsystem ist dieser Sichtweise zufolge ein Vorverfahren, das der Vorbereitung der Klage dient.<sup>48</sup> In der Konsequenz dieser Position liegt es nicht nur, dass im Rahmen des Frühwarnsystems lediglich Subsidiaritätsrügen, nicht aber Kompetenz- und Verhältnismäßigkeitsrügen vorgetragen werden dürfen. Eine Konsequenz dieser Sichtweise ist es auch, dass sich die Subsidiaritätsrüge nur auf die Konkretisierung und Anwendung der beiden Teilkriterien des Art. 5 Abs. 3 GG (ausreichendes Handlungsvermögen der Mitgliedstaaten, kein „Mehrwert“ einer EU-Maßnahme) erstrecken kann. Die grundsätzliche Infragestellung des verfolgten Zieles, die Thematisierung politischer Präferenzen und die Geltendmachung von Gründen der Vernunft wären systemwidrig und ausgeschlossen.

Man kann den Subsidiaritätsmechanismus aber auch – umgekehrt – vom Frühwarnsystem aus begreifen. Danach geht es dem Vertragsgeber nicht darum, eine Rechtsfrage klären zu lassen, sondern um die Schaffung eines Forums, in dem politische Argumente über den richtigen Weg und die jeweiligen Handlungskapazitäten in einem juridisch strukturierten Verfahren ausgetauscht werden.<sup>49</sup> Nicht um die Konkretisierung eines „Rechtsbegriffs“ geht es danach, sondern um einen öffentlichen Prozess des Austausches vernünftiger (guter) Argumente. Ein derartiges Verständnis hätte auch Rückwirkungen auf die Rolle des EuGH bei der Behandlung einer Subsidiaritätsklage: Er wäre gehalten, zu prüfen, ob der argumentative Austausch offen, transparent und willkürfrei erfolgt ist.

Dieser Sichtweise zufolge hat die Einführung des Frühwarnsystems den ganzen Mechanismus vom Kopf auf die Füße gestellt oder, in anderen Worten, einen bislang fehlerhaft konzipierten Mechanismus in die richtige Form überführt. Mit der Umstellung würde die richtige Schlussfolgerung aus der Tatsache gezogen, dass die unbefriedigende Entwicklung der Subsidiaritätskontrolle ihre Wurzel nicht im fehlenden Willen des EuGH hat, sich einer ihm angetragenen Aufgabe zu stellen, sondern in einem Fehlverständnis der Möglichkeiten und Grenzen rechtlicher Subsidiaritätskontrolle.<sup>50</sup> Wenn der Subsidiaritätsmechanismus nicht das Potential hat, einen irgendwie schon im Vertrag angelegten materialen Maßstab „hervorzubringen“, kann er doch jedenfalls als normativer Rahmen für einen Verständigungsprozess begriffen werden, in dem politisch über den Weg der Europäischen Union gerungen wird. Durch die

Einführung der Subsidiaritätsrüge ist der Subsidiaritätsmechanismus zu einem Instrument politischer Koordination geworden. Die ersatzlose Streichung der materialen Prüfvorgaben, die sich im Subsidiaritätsprotokoll 1997 fanden (Ziffer 5), macht deutlich, dass dieser Übergang vom Vertragsgeber gewollt ist. Man muss dies im Verständnis der dahinter stehenden Rechtsprüfung abbilden und darf nicht einfach so tun, als ob sich seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags nichts getan habe.

## *II. Subsidiarität in Räumen politischer Verhandlung*

Der neue Subsidiaritätsmechanismus verzichtet auf den Anspruch und den Versuch, das anzustrebende Ziel einer angemessenen und subsidiaritätsgerechten Zuständigkeitsverteilung von außen an den politischen Prozess heranzutragen. Der Zielzustand soll nicht (mehr) deduktiv aus vertraglichen Vorgaben „abgeleitet“ werden. Er soll vielmehr im politischen Prozess erarbeitet werden. Was Subsidiarität im konkreten Fall bedeutet, wird insofern induktiv ermittelt.

Subsidiarität ist danach kein Konzept, dessen Inhalte dem politischen Prozess vorgegeben wären. Seine Materialisierung ist dem politischen Prozess aufgegeben.<sup>51</sup> Mit dem Frühwarnsystem stellt der Vertrag ein formalisiertes Verfahren zur Verfügung, vermittels dessen die dort genannten Institutionen in einer privilegierten Weise Gehör beanspruchen können.<sup>52</sup> In den öffentlichen Räumen, in denen sich die Meinungsbildung der EU-Institutionen abspielt, können aber auch andere Stimmen zu Wort kommen und, wenn sie nur gute Argumente haben, auf die Entscheidungsfindung Einfluss nehmen. Ebenso wenig ist die Kommission daran gehindert, Subsidiaritätsrügen nur dann zur Kenntnis zu nehmen, wenn sie die im Protokoll vorgesehenen Quoren erfüllen. Wenn sich eine rügeberechtigte mitgliedstaatliche Stelle mit guten Gründen an die Kommission wendet, sollte diese zuhören. Wichtig ist auch, dass sich der Subsidiaritätsdiskurs nicht darauf beschränkt, zu klären, ob die von der EU-Institution verfolgten Ziele nicht auch von den Mitgliedstaaten erreicht werden können. Das Frühwarnsystem erlaubt es auch, die Frage zu thematisieren, ob das Ziel selbst von der EU angestrebt werden sollte. So kann etwa diskutiert werden, ob es in einem bestimmten Bereich wirklich gute Gründe für eine harmonisierte Rechtslage gibt. Darüber hinaus

können auch Kompetenzfragen und Verhältnismäßigkeitsfragen thematisiert werden.<sup>53</sup>

Auf diesem Hintergrund erschließt sich auch eine neue – und fruchtbare – Rolle des EuGH im Subsidiaritätsmechanismus. Statt den EuGH mit dem Ansinnen zu konfrontieren, eine materiale Subsidiaritätskonzeption zu entwickeln und den politischen Organen vorzugeben, hat er sicherzustellen, dass der dem politischen Prozess überantwortete Findungsprozess angemessene Ergebnisse zeitigt. Statt eine „große Erzählung“ zu entwickeln, vermittelt derer er sein Ideal einer politischen Architektur Europas zum Ausdruck bringt, hat er die Einhaltung der Verfahrensregeln des Frühwarnsystems und der damit einhergehenden Diskursstandards sicherzustellen. Dies gilt dann, wie das Bundesverfassungsgericht in der Lissabon-Entscheidung zu Recht betont, sowohl für Einwände gegen die Kompetenz als auch für Einwände subsidiaritäts- und verhältnismäßigkeitsbezogener Art.<sup>54</sup> Insofern ist eine erweiternde Auslegung von Art. 8 des Subsidiaritätsprinzips erforderlich.<sup>55</sup>

Den EuGH trifft damit eine zweifache Aufgabe. Die Durchsetzung der Verfahrensanforderungen hat damit keine bloße Förmlichkeit zum Gegenstand, sondern das Lebenselixier des Mechanismus. Darauf beschränkt sich seine Zuständigkeit aber nicht. Der EuGH hat auch zu prüfen, ob die Argumente der sich äußernden mitgliedstaatlichen Stellen von der EU-Kommission angemessen aufgenommen und verwertet worden sind. Das bisherige Vorgehen entspricht dem nicht. In der Vergangenheit hat sich der EuGH damit begnügt, die Äußerungen des EU-Normgebers in den Begründungserwägungen darauf hin zu überprüfen, ob überhaupt eine Beschäftigung mit Subsidiaritätserwägungen stattgefunden hat. Dabei setzt er aber die Schwelle so niedrig an, dass die EU-Organe nur bei grob unvernünftigem Vorgehen dagegen verstoßen würden.<sup>56</sup> Eine verfahrensorientierte Konzeption formuliert die diesbezüglichen Anforderungen deutlich höher. Die EU-Kommission wird den sich aus Art. 6 und Art. 7 des Protokolls ergebenden Anforderungen nur dann gerecht, wenn sie sich auf Einwände in einer Weise einlässt, die sich als inhaltlich angemessene Auseinandersetzung darstellt. Das „Berücksichtigen“ im Sinne von Art. 7 Abs. 1 des Protokolls verlangt mehr als ein bloßes Zurkenntnisnehmen. Die EU-Kommission genügt den Anforderungen nicht schon dann, wenn sie Einwände achtungslos

entgegennimmt und ihren Kurs ohne weitere Überlegung weiterverfolgt. Wenn Art. 5 Abs. 3 EUV eine prozedurale Bedeutung hat und einen Verständigungsauftrag ausspricht, setzt dies den Willen voraus, den Argumenten der anderen Seite mit guten Gründen zu begegnen.<sup>57</sup> Die sinnlosen Floskeln, die sich in der Vergangenheit fanden, genügen dem nicht.

## **D. Folgerungen für die Kontrolltätigkeit des BVerfG**

Welche Schlussfolgerungen ergeben sich hieraus für das Bundesverfassungsgericht? In der Lissabon-Entscheidung hat das Gericht betont, dass es zu prüfen habe, „ob Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich unter Wahrung des gemeinschafts- und unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 2 EGV; Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Lissabon [EUV-Lissabon]) in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten.“<sup>58</sup> In der Fassung, in die der Prüfungsmaßstab durch die Honeywell-Entscheidung<sup>59</sup> gebracht worden ist, läuft dies auf die Klärung hinaus, ob es zu einer evidenten und strukturverschiebenden Missachtung der Vorgaben des Subsidiaritätsprinzips gekommen ist.<sup>60</sup>

Bislang ist das BVerfG nicht in die Lage gekommen, näher zu präzisieren, wie es diesen Maßstab anzuwenden gedenkt. In der Logik der allgemeinen Diskussion läge es, wenn das Gericht den Versuch unternähme, seinerseits materiale Wert- und Ordnungsvorstellungen über eine angemessene Zuständigkeitsverteilung von Europäischer Union und Mitgliedstaaten zu entwickeln. Auf dem Hintergrund dieser Vorstellungen müsste dann geprüft werden, ob ein abweichendes Rechtsverständnis der EU-Organe „evident“ unrichtig ist. Inwieweit sich dieser Prüfungsansatz operationalisieren lässt, ist schon im Ansatz unklar.<sup>61</sup>

Im Lichte der vorstehenden Überlegungen zu Art. 5 Abs. 3 EUV bedürfte dieser Ansatz im Grundsätzlichen einer Überprüfung. Wenn es richtig ist, dass der EUV den Subsidiaritätsmechanismus als Verfahrens- und Verständigungskonzept begreift, vermittelt dessen Subsidiarität induktiv erarbeitet wird, dann hat dies auch Folgerungen für die Konzeption der

Ultra-vires-Kontrolle. Es geht dann nicht darum, den EU-Institutionen ein „richtigeres“ materiales Verständnis der Aufgaben- und Zuständigkeitsverteilung vorzuhalten, sondern um die Klärung, ob die in Art. 5 Abs. 3 EUV angelegten Verfahrens- und Verständigungsregeln eingehalten worden sind. Der Blick des Karlsruher Gerichts hat sich dabei nicht nur auf die Verfahrensformalitäten zu richten. Es hat auch der Frage Aufmerksamkeit zu schenken, ob sich die EU-Kommission in der oben angesprochenen ernsthaften Weise mit Einwänden beschäftigt hat. Fehlt es daran, dann sollten sich die EU-Institutionen nicht darüber beklagen, wenn ein mitgliedstaatliches Obergericht ihnen die für die Durchsetzung des EU-Rechts erforderliche Gefolgschaft verweigert.

## **E. Materiale Subsidiarität durch politische Entscheidung**

Die vorstehenden Überlegungen mögen ernüchternd stimmen. Dem Verfasser der Zeilen ist dies bewusst. Die Subsidiaritätsidee weckt in einem Maße Emotionen, wie dies bei kaum einer anderen Ordnungsregel des EU-Rechts der Fall ist. Zu Recht wird die Verpflichtung der EU auf die Idee der Subsidiarität als eine elementare Legitimationsbedingung bezeichnet. Ebenfalls ist es richtig, dass die Verinnerlichung einer an die Subsidiarität verpflichteten Handlungsorientierung zu den elementaren politischen Klugheitserwägungen der politischen und administrativen Entscheidungsträger der EU gehören muss. Subsidiarität ist Lebenselixier für eine EU, die sich nicht von ihrer Bevölkerung entfremden darf. Der Ausgang der Wahlen zum Europäischen Parlament und die Entfremdung weiter Bevölkerungskreise (nicht nur im Vereinigten Königreich) belegen dies nur zu deutlich.

Die Entwicklung und der Schutz dieses „Architekturprinzips einer föderalen Ordnung in Europa“ müssen jedem, der sich um eine Weiterentwicklung Europas kümmert, am Herzen liegen. Es genügt dann aber nicht, sich mit dem Hinweis auf die Justiziabilität von Art. 5 Abs. 3 EUV zu begnügen und vom EuGH („endlich“) eine Aktivierung zu verlangen. Nach zwanzig Jahren hören sich derartige Appelle hohl an. Im Lissabon-Vertrag findet sich nichts, das Anlass zu der Erwartung geben

könnte, dass sich das bislang „noch“ nicht entstandene einheitliche Verständnis demnächst herausbilden könnte. Ebenso gibt das Subsidiaritätsprotokoll keinen Anlass, an eine Stärkung der juristischen Bindungskraft der Bestimmungen (verbunden mit der Erwartung an Justiziabilität und Operationalität) zu glauben. Schließlich gibt es auch keine Anzeichen, dass der EuGH seine bislang eher zurückgenommenen Bemühungen um eine Stärkung des materialen Gehalts intensivieren könnte. Natürlich steht es Anhängern „spekulativer Philosophie“ weiter zu, die Wirklichkeit an der Idee zu messen und für defizitär zu erachten. Vernünftiger scheint es aber, nach nunmehr zwanzig Jahren latenter Erwartung zu erkennen, dass der EuGH nicht zur Entwicklung einer materialen Subsidiaritätskonzeption schreiten wird, mittels derer er greifbare Maßstäbe gewinnen kann, wann mitgliedstaatliches Handeln ausreichend oder jedenfalls genügend ist.

Der weitere Weg Europas ist ein politisches Projekt, über das in den dafür vorgesehenen Formen politisch entschieden werden muss. Konstitutionelle Vor-Festlegungen sind danach – auch auf dem Abstraktionsniveau einer rechtlichen Fassung des Subsidiaritätsprinzips – untunlich. Man sollte das Subsidiaritätsprinzip auch nicht als Hebel verstehen, mit dem sich der mühsame politische Prozess der Einigung in der EU unterlaufen, in Frage stellen oder durch Einschaltung des EuGH einfach überholen lässt. Diese Feststellung scheint zunächst in die Hände der EU-Institutionen zu spielen. Allein – diese sollten das nicht nur als Privileg begreifen, sondern auch die damit verbundene Verantwortung ernst nehmen. Das Aufkommen europaskeptischer Parteien und die zunehmende Entfremdung des Vereinigten Königreichs müssen als Alarmzeichen betrachtet werden. Die Zeit, in der „Brüssel“ den Weg des Immermehr ungehindert voranschreiten und der Liebe zu immer detaillierteren Eingriffen frönen konnte, scheint sich dem Ende zu nähern. Die Diskussion um die Subsidiarität kommt in jenen Foren an, in denen sie richtigerweise ausgetragen werden sollte. Man wird sehen müssen, wie die Mitgliedstaaten und die EU-Institutionen damit umgehen werden. Gelebte Subsidiarität wird sich erst einstellen, wenn auch die Kompetenzordnung als solche in wiederkehrenden Abständen daraufhin untersucht wird, ob es in einem bestimmten Bereich hinreichende Gründe für eine unionale Aktion gibt, und Kompetenzrückverlagerungen nicht tabuisiert werden. Gelebte

Subsidiarität setzt zudem voraus, dass auch institutionell (etwa durch Verkleinerung der EU-Kommission) die Voraussetzungen dafür geschaffen werden, dass institutionelle Kapazitäten und sachliche Aufgaben in der Balance stehen.

- 
- <sup>1</sup> G. de Staël, Über Deutschland, Dritter Teil, I. Abteilung, 5. Capitel: Allgemeine Bemerkungen über die deutsche Philosophie.
  - <sup>2</sup> Drastisch die Feststellung Wernhard Möschels: „Was für die Anhänger Sigmund Freuds der Sex ist, ist für die Europapolitiker mittlerweile ... das Subsidiaritätsprinzip. ... Man versucht, alles damit zu begründen.“ (Möschel, Subsidiaritätsprinzip und europäisches Kartellrecht, NJW 1995, 281, 281).
  - <sup>3</sup> Zur frühen Diskussion etwa: Pieper, Subsidiaritätsprinzip - Strukturprinzip der Europäischen Union, in: DVBl. 1993, S. 705; Kahl, Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, AöR Bd. 118 (1993), 414; Stein, Subsidiarität als Rechtsprinzip?, in: Merten, 1994 S. 27–36; Nörr/Oppermann (Hrsg.), Subsidiarität: Idee und Wirklichkeit, Zur Reichweite eines Prinzips in Deutschland und Europa, 1997.
  - <sup>4</sup> R. A. Lorz, Wissenschaftliche Stellungnahme zum öffentlichen Expertengespräch „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 16. Juni 2010.
  - <sup>5</sup> Zu den subsidiaritätsbezogenen Gehalten des Verfassungsvertrags: Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents – Struktur, Kernelemente und Verwirklichungschancen, in: ders. (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Verfassungsrechtliche Grundstrukturen und wirtschaftsverfassungsrechtliches Konzept, 2004, S. 489; Zoller, Das Subsidiaritätsprinzip im Europäischen Verfassungsvertrag und seine innerstaatliche Umsetzung in Deutschland, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg.), Jahrbuch des Föderalismus 2005, S. 270; Mager, Die Prozeduralisierung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, ZEuS 2003, 471.
  - <sup>6</sup> Vgl. z.B. Quadregesimo Anno, Papst Pius XI. (1931), Ziffer 79.
  - <sup>7</sup> Zuletzt hat der EuGH im Urteil vom 19. Dezember 2012 in der Rechtssache C-288/11 P Mitteldeutsche Flughafen, Slg. 2012, I-0000, hervorgehoben, dass eine Subsidiaritätskontrolle im Bereich ausschließlicher Zuständigkeiten der EU nicht erfolgt. Danach gilt das Subsidiaritätsprinzip nicht für den Bereich staatlicher Beihilfen.
  - <sup>8</sup> Der deutsche Wortlaut ist in der Frage, ob sich diese Worte auf „Ziele“ oder auf „Maßnahmen“ beziehen. Klarer etwa die englische Fassung: „but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level.“
  - <sup>9</sup> Auf diese Schwäche wird schon seit langem hingewiesen (Schön, Gesellschaftsrecht



nach Maastricht – Art. 3b EGV und das europäische Gesellschaftsrecht, ZGR 24 (1995), 1, 22 f.).

- <sup>10</sup> Generalanwältin *Trstenjak* hat jede Prüfung der Legitimität und Angemessenheit der von den politischen EU-Organen verfolgten Ziele zurückgewiesen. Siehe Generalanwältin *Trstenjak*, Schlußanträge vom 17. November 2011, Rs. C-504/09 P, KOM und UK/Polen (Handel mit Treibhausemissionszertifikaten), Rn. 62: „Wenn der Wille des Gesetzgebers klar und eindeutig aus dem betreffenden Rechtsakt hervorgeht, ist es nicht Sache der Unionsgerichte, im Wege einer teleologischen Auslegung ihre eigene Wertung an die Stelle der des Gesetzgebers zu setzen.“
- <sup>11</sup> *Möschel*, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, 3025, 3027.
- <sup>12</sup> Art. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit das Subsidiaritätsprinzip (Vertrag von Amsterdam, Anhang Teil III, Protokoll Nr. 30), ABl. 1997 Nr. C 340 S. 105; dazu *Kenntner*, Das Subsidiaritätsprotokoll des Amsterdamer Vertrages, NJW 1998, 2871; *Stein*, Amsterdamer Vertrag und Grundgesetz, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 146.
- <sup>13</sup> EuGH, Urt. vom 10. Dezember 2002, Rs. C-491/01, *The Queen (Secretary of State for Health) Ex Parte British American Tobacco (Investment)*, Slg. 2002, I-11453, Rn. 180.
- <sup>14</sup> Überblick bei *Ritzer/Ruttlof*, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven, EuR 2006, 116.
- <sup>15</sup> So auch *Koch/Kullas*, Subsidiarität nach Lissabon – Scharfes Schwert oder stumpfe Klinge? CepStudie, März 2010, S. 6: „Entweder wurde eine Prüfung vermieden, allein unter dem Aspekt formaler Begründungspflichten gesehen oder vage und unsystematisch durchgeführt.“
- <sup>16</sup> EuGH, Rs. C- 377/98, *Niederlande/Rat und EP (Biopatent-Richtlinie)*, Slg. 2001, I-7079; EuGH Rs. C-491/01, Slg. 2002, I-11453. Zurückhaltend noch EuGH, Urt. vom 12. November 1996, Rs. C-84/94, *UK/Rat (Working Time)*, Rn. 47 (keine Interpretation von Art. 118a EGV im Lichte des Subsidiaritätsprinzips). Vgl. etwa *Hailbronner*, Die Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips im Lichte der Subsidiaritätsprotokolle, in: Pernice (Hrsg.), Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?, 2008, S. 135.
- <sup>17</sup> Die Justiziabilität wurde auch im Konvent zur Erarbeitung des Verfassungsvertrags nicht in Frage gestellt: „Das Subsidiaritätsprinzip unterliegt zudem der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung durch den Gerichtshof.“ (CONV 286/02; S. 2).
- <sup>18</sup> *Koch/Kullas* (oben Fn. 15), S. 2: „Der Interpretation und Konkretisierung der unbestimmten Begriffe des Subsidiaritätsprinzips ist der EuGH in der Vergangenheit ausgewichen, so dass fraglich ist, ob auf der Grundlage des Lissabon-Vertrags eine richtungsweisende Auslegung zu erwarten ist.“
- <sup>19</sup> Z.B. EuGH, Urt. vom 12.5.2011, Rs. C-176/09, *Flughafenentgelte*, Slg. 2011, I-3727, Rn. 56 ff., 73 ff. Wenn die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme einmal festgestellt ist, dürfte es schwer fallen, zugleich einen Verstoß gegen das



Subsidiaritätsprinzip festzustellen.

- <sup>20</sup> Darstellung der Rechtsprechung bei *Horsley*, *Subsidiarity and the European Court of Justice*, JCMS 50 (2012), 267.
- <sup>21</sup> So z.B. EuGH, Urt. vom 8.6.2010, Rs. C-58/08, *Vodafone*, Slg. 2010, I-4999, Rn. 77 f.: „Wie sich aus dem 14. Erwägungsgrund der Verordnung ergibt, bestehen erhebliche Wechselwirkungen zwischen den Endkunden- und den Großkundenentgelten für Roamingdienste, so dass jede Maßnahme, die nur auf die Senkung der Endkundenentgelte zielt, ohne gleichzeitig die mit der Erbringung gemeinschaftsweiter Roamingdienste verbundenen Großkundenentgelte zu regeln, das ordnungsgemäße Funktionieren des Markts für gemeinschaftsweites Roaming empfindlich hätte stören können. Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat daraus gefolgert, dass sein Handeln einen gemeinsamen Ansatz auf der Ebene sowohl der Großkunden- als auch der Endkundenentgelte verlangte, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts für solche Dienste zu fördern. Infolge dieser Wechselwirkungen durfte der Gemeinschaftsgesetzgeber berechtigterweise annehmen, dass sein Handeln auch einen Eingriff auf der Ebene der Endkundenentgelte umfassen müsste. Aufgrund der Wirkungen des mit der Verordnung Nr. 717/2007 eingeführten gemeinsamen Ansatzes konnte das mit ihr verfolgte Ziel demnach besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden.“
- <sup>22</sup> EuGH, Urt. vom 10. 12. 2002, Rs. C-491/01, *The Queen (Secretary of State for Health) Ex Parte British American Tobacco (Investment)*, Slg. 2002, I-11453.
- <sup>23</sup> EuGH (oben Fn. 22), Rn. 180.
- <sup>24</sup> EuGH (oben Fn. 22), Rn. 181.
- <sup>25</sup> EuGH, Urteil vom 19. 4. 2012, Rs. C-221/10 P, *Artegoda*, Slg. 2012, I-0000: „In diesem Zusammenhang bedeutet die Tatsache, dass der in Art. 5 EG verankerte Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung sowie der Grundsatz der Subsidiarität, wie die Klägerin geltend macht, besondere Bedeutung haben, nicht, dass die Vorschriften über die Zuständigkeitsverteilung zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten als Normen anzusehen wären, die im Sinne der Rechtsprechung bezwecken, dem Einzelnen Rechte zu verleihen. Insbesondere genügt es für die Annahme, dass die verletzten Zuständigkeitsvorschriften die Verleihung von Rechten an den Einzelnen bezwecken, so dass ein Verstoß gegen diese Normen die Haftung der Kommission auslösen könnte, entgegen dem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung nicht, dass der [streitigen] Entscheidung wegen der Unzuständigkeit der Gemeinschaft die Rechtsgrundlage fehlt und dass die Klägerin namentlich aus diesem Grund die Nichtigkeitserklärung dieser Entscheidung erwirkt hat.“ (Rdn. 75).
- <sup>26</sup> Dabei ist die Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme außerhalb einer Grundrechtsprüfung gemeint.
- <sup>27</sup> *Skouris*, Die Rolle des Subsidiaritätsprinzips in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Impulsreferat im Rahmen der Konferenz „Europa fängt zu Hause an“. Europäische Subsidiaritätskonferenz 2006, 18./19. April 2006, St. Pölten, S. 1: „Die Praxis der Rechtsprechung hat gezeigt, dass wesentliche Elemente des Subsidiaritätsprinzips auch im

Verhältnismäßigkeitsprinzip enthalten sind. In Urteilen, in denen der EuGH zunächst die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips überprüft, kann eine sich daran anschließende Prüfung des Subsidiaritätsprinzips ggfs. kürzer ausfallen, insofern auf Ausführungen zum Verhältnismäßigkeitsprinzip zurück gegriffen werden kann.“

- <sup>28</sup> Ungeachtet der Interinstitutionellen Vereinbarung über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips, EuGRZ 1993, 603 f.
- <sup>29</sup> Schlußfolgerungen des Europäischen Rats von Edinburgh vom 12. Dezember 1992, SN/456/92, Teil A Anlage 2.
- <sup>30</sup> *Oppermann*, Leitideen der europäischen Integration, in: H. Kube ua. (Hrsg.), *Die Leitgedanken des Rechts in der Diskussion*, 2011, S. 91, 99 ff.
- <sup>31</sup> Beispielsweise Richtlinie 2004/24/EG über die Vorratsdatenspeicherung, Erwägungsgrund 21: „Da die Ziele dieser Richtlinie, nämlich die Harmonisierung der Pflichten für Diensteanbieter bzw. Netzbetreiber im Zusammenhang mit der Vorratsspeicherung bestimmter Daten und die Gewährleistung, dass diese Daten zum Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von schweren Straftaten, wie sie von jedem Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht bestimmt werden, zur Verfügung stehen, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend erreicht werden können und daher wegen des Umfangs und der Wirkungen dieser Richtlinie besser auf Gemeinschaftsebene zu erreichen sind, kann die Gemeinschaft gemäß dem in Artikel 5 des Vertrags niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden.“
- <sup>32</sup> Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13. Dezember 2007 (ABl. Nr. C 306 S. 150).
- <sup>33</sup> Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte, ABl. Nr. L 70 S. 11.
- <sup>34</sup> Richtlinie, Begründungserwägung Nr. 2.
- <sup>35</sup> Richtlinie, Begründungserwägung Nr. 19.
- <sup>36</sup> Schlußanträge vom 16.10.2010, Rs. C-176/09, Slg. 2011, I-3727, Rn. 109.
- <sup>37</sup> EuGH, Urteil vom 12. Mai 2011, Rs. C-176/09, Slg. 2011, I-3727, Rn. 80.
- <sup>38</sup> Vgl. beispielsweise *Gerken* (Hrsg.), *Europa zwischen Ordnungswettbewerb und Harmonisierung, Europäische Ordnungspolitik im Zeichen der Subsidiarität*, 1995.
- <sup>39</sup> Anschaulich: *Becker*, Die Subsidiaritätsprüfung in Bundestag und Bundesrat – ein rechtliches oder ein politisches Instrument? *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 23 (2013) S. 5, 26 ff.
- <sup>40</sup> Der Bundesrat hat seit Anfang 2010 insgesamt elf Rügen erhoben.
- <sup>41</sup> So auch von *Danwitz*, Der Vertrag von Lissabon und der Fortgang der Integration, DIJV, 10. Oktober 2008, S. 10; *Bergmann*, in: ders. (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2012, Artikel Subsidiarität.
- <sup>42</sup> Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13. Dezember 2007 (ABl. Nr. C 306 S. 150).
- <sup>43</sup> Überblicksdarstellungen bei: *Barrett*, „The King is Dead, Long Live the King“: the Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments, *ELRev.* 33 (2008), 66; *Kiiver*, The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: The National Parliaments as a *Conseil*

*d'Etat* for Europe, ELRev. 36 (2011), 98; *ders.*, The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity, 2012; *Mayer*, Die Europafunktion der nationalen Parlamente in der EU, 2012; *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, 2009; *Schütze*, Subsidiarity after Lisbon: Reinforcing the Safeguards of Federalism?, Cambridge L. J. 68 (2009), 525; *Craig*, Subsidiarity: A Political and Legal Analysis, JCMS 50 (2012), 72.

<sup>44</sup> Anders in der Politikwissenschaft. Vgl. *Becker*, Die Subsidiaritätsprüfung in Bundestag und Bundesrat – ein rechtliches oder ein politisches Instrument? Zeitschrift für Politikwissenschaft 23 (2013) S. 5, 26 ff.; *Buzogány/Stuchlik*, Subsidiarität und Mitsprache. Nationale Parlamente nach Lissabon, ZParl 43 (2012), 340.

<sup>45</sup> Zur Umsetzung im deutschen Recht: *Shirvani*, Die europäische Subsidiaritätsklage und ihre Umsetzung ins deutsche Recht, JZ 2010, 753; *Uerpmann-Witzack/Edenharter*, Subsidiaritätsklage als parlamentarisches Minderheitenrecht?, EuR 2009, 313.

<sup>46</sup> *F. Mayer*, Stellungnahme zum öffentlichen Expertengespräch „Prüfung des unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips“ im Unterausschuss Europarecht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages am 16. Juni 2010: „Zu diesem Wertungsbereich kann sich nach meiner Auffassung übrigens der Bundestag bei der Subsidiaritätsrüge eigenständiger äußern als bei der Subsidiaritätsklage. Bei der Rüge mag man der europäischen Ebene eine eigene Wertung aus Sicht des Bundestages entgegensetzen. Anders bei der Klage: Hier muss man den EuGH davon überzeugen, dass bei der europäischen Wertung im dortigen Wertungsvorgang etwas schief gelaufen ist. Es geht dann also nicht um das Wertungsergebnis, sondern um Wertungsverfahren.“

<sup>47</sup> *Lorz* (oben Fn. 4): „Natürlich ist die Subsidiaritätsprüfung, die mit der Rüge und vor allem mit der Klage angedacht ist, in allererster Linie eine juristische Prüfung; Subsidiarität ist ein Rechtsbegriff. Es muss auch eine juristische Prüfung sein, denn wenn am Ende eine Klage vor dem EuGH herauskommen soll, der nun einmal nur nach Maßstäben des Rechts entscheidet, dann muss es ein juristischer Begriff sein.“

<sup>48</sup> In diese Richtung: *Kühling*, Die Zukunft der europäischen Kompetenzordnung in der Ratifizierungskrise des Verfassungsvertrages, Der Staat 45 (2006), 339, 357; *Molsberger*, Das Subsidiaritätsprinzip im Prozess europäischer Konstitutionalisierung, 2009, S. 213.

<sup>49</sup> In ähnliche Richtung: *Bast*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar zum EUV und AEUV, Loseblatt Stand 2014, Art. 5 EUV Rn. 63: „institutionalisierter Subsidiaritätsdialog“.

<sup>50</sup> Skeptisch etwa auch *Davies*, Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time, CMLRev. 43 (2006), 63.

<sup>51</sup> In diesen Verhandlungen kann auch das Europäische Parlament teilnehmen (vgl. *Schiffauer*, Die Zusammenarbeit des Europäischen Parlaments und der nationalen Parlamente bei der Subsidiaritätskontrolle, in: A. Haratsch (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip – Ein Element des europäischen Verfassungsrechts, 2014, S. 53.

- <sup>52</sup> Zur Rolle der nationalen Parlamente etwa: *Hofmann*, Europäische Subsidiaritätskontrolle in Bundestag und Bundesrat, ZG 2005, 66; *Mellein*, Subsidiaritätskontrolle durch nationale Parlamente, Eine Untersuchung zur Rolle der mitgliedstaatlichen Parlamente in der Architektur Europas, 2007; *Wohland*, Bundestag, Bundesrat und Landesparlamente im europäischen Integrationsprozess, Zur Auslegung von Art. 23 Grundgesetz unter Berücksichtigung des Verfassungsvertrags von Europa und des Vertrags von Lissabon, Frankfurt (Main) 2008; *Uerpmann-Witzack*, Die Subsidiaritätskontrolle durch Bundestag und Bundesrat aus Sicht des deutschen Rechts, in: A. Haratsch (Hrsg.), Das Subsidiaritätsprinzip – Ein Element des europäischen Verfassungsrechts, 2014, S. 69.
- <sup>53</sup> *Pernice/Hindelang*, Potenziale europäischer Politik nach Lissabon – Europapolitische Perspektiven für Deutschland, seine Institutionen, seine Wirtschaft und die Bürger, EuZW 2010, 407, 409; *Altmaier*, Die Subsidiaritätskontrolle der nationalen Parlamente nach dem Subsidiaritätsprotokoll zum EU-Verfassungsvertrag, in: Derra (Hrsg.), Freiheit, Sicherheit und Recht, FS für Jürgen Meyer zum 70. Geburtstag, Baden-Baden 2006, S. 314; *Buschmann/Daiber*, Subsidiaritätsrüge und Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung, DÖV 2011, 504, 505.
- <sup>54</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Rn. 305.
- <sup>55</sup> In diese Richtung schon *Wuermeling*, Kalamität Kompetenz: Zur Abgrenzung der Zuständigkeiten in dem Verfassungsentwurf des EU-Konvents, EuR 2004, 216, 224.
- <sup>56</sup> Vgl. etwa EuGH, Urt. vom 12. November 1996, Rs. C-84/94, UK/Rat, Slg. 1996, I-5755, und EuGH, Urt. vom 13. Mai 1997, Rs. C-233/94, Deutschland/Parlament und Rat, Slg. 1997, I-2405: Die Begründungspflicht gemäß Art. 253 (Artikel 190) EGV erstreckt sich auf die Darlegung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips. Die Begründungspflicht verlangt nicht, dass das Prinzip ausdrücklich in den Erwägungen zum Rechtsakt benannt oder thematisiert wird. Es reiche aus, dass sich aus den Erwägungen insgesamt ergibt, dass es der Sache nach berücksichtigt worden ist.
- <sup>57</sup> Ohne dass ein formeller Frühwarnmechanismus bestünde, müssen sich die EU-Institutionen auch außerhalb des Rechtsetzungsbereichs auf Einwände subsidiaritätsbezogener Natur einstellen. Zur Bindung des Rechnungshofs etwa Generalanwältin *Trsjenjak*, Rs. C-539/09, Rn. 80: „Laut Punkt 1 des dem EG-Vertrag beigefügten Protokolls (Nr. 30) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit gewährleistet jedes Organ bei der Ausübung seiner Befugnisse die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips ... . Demnach hat auch der Rechnungshof bei der Ausübung seiner Prüfungsbefugnisse den Subsidiaritätsgrundsatz einzuhalten.“
- <sup>58</sup> BVerfGE 123, 267 (Lissabon), Leitsatz 4.
- <sup>59</sup> BVerfGE 126, 286 (Honeywell).
- <sup>60</sup> Zu den Aussagen im Lissabon-Urteil: *Sauer*, Kompetenz- und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil, ZRP 2009, 195.
- <sup>61</sup> *Nettesheim*, Kompetenzdenken als Legitimationsdenken. Zur Ultra-vires-Kontrolle in einem rechtspluralistischen Umfeld, JZ 2014, 585 ff.

# Harmonisierung und Optionalität – stehen Öffnungsklauseln der Verwirklichung des Binnenmarkts entgegen?

PROF. DR. WALTER OBWEXER

## A. Einführung

Gemäß Art. 3 Abs. 3 EUV verfolgt die Union das Ziel, einen Binnenmarkt zu errichten.<sup>1</sup> Der Binnenmarkt wird in Art. 26 Abs. 2 AEUV definiert als „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“

Zur Verwirklichung des Binnenmarkt-Ziels sehen die Verträge, konkret der AEU-Vertrag, eine Vielzahl von Rechtsetzungskompetenzen der Union vor. Diese erlauben den zuständigen Unionsorganen die Beseitigung von Hindernissen für die effektive Ausübung der Grundfreiheiten des Binnenmarkts und zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen, die sich aus der Anwendung unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Vorschriften ergeben.

Aus der Zielvorgabe „Verwirklichung des Binnenmarkts“ resultiert in Verbindung mit den einschlägigen Kompetenznormen ein Rechtsetzungsauftrag für die zuständigen Unionsorgane. Die Erfüllung dieses Auftrags ist allerdings kaum einklagbar.<sup>2</sup> Dessen ungeachtet ist die Union dem gegenständlichen Rechtsetzungsauftrag in der Vergangenheit weitgehend nachgekommen und hat zahlreiche Rechtsakte zur Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften erlassen. Damit verbunden war die Etablierung eigener unionsweiter Schutzstandards, die grundsätzlich an die Stelle unterschiedlicher mitgliedstaatlicher Schutzstandards getreten sind. Diese als positive Harmonisierung<sup>3</sup> bezeichnete Rechtsangleichung spielt nach wie vor eine bedeutende Rolle.

Ergänzend zur Rechtsangleichung wurde den Kernbestimmungen der vier Grundfreiheiten des Binnenmarkts mit Ablauf der Übergangszeit am 1. Januar 1970 bzw. für den freien Kapitalverkehr mit Eintritt in die zweite Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion am 1. Januar 1994 in ständiger Rechtsprechung des EuGH unmittelbare Wirkung zuerkannt. Das diesen Grundfreiheiten inhärente Beschränkungsverbot hatte zur Folge, dass den Binnenmarkt (spürbar) behindernde mitgliedstaatliche Regelungen nur noch insoweit erlaubt sind, als sie durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt und als verhältnismäßig ausgestaltet qualifiziert werden können; andernfalls dürfen sie nicht mehr angewendet werden.<sup>4</sup> Damit war eine Deregulierung mit einem – wenn auch beschränkten – Harmonisierungsdruck nach unten („race to the bottom“) verbunden. Diese als negative Harmonisierung bezeichnete Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wurde zunehmend durch Harmonisierungsmaßnahmen mit einheitlichem Schutzniveau ergänzt oder sogar ersetzt. Entsprechende Bestrebungen sind in unterschiedlichen Bereichen nach wie vor vorhanden. Dies zeigen die Entwicklungen der letzten Jahre.

So unterbreitete die Kommission Ende Oktober 2010 eine „Binnenmarktakte“,<sup>5</sup> mit dem Ziel, die Binnenmarktpolitik in den Dienst einer in hohem Maße wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft zu stellen. Diese Akte beinhaltet insgesamt 50 Vorschläge, die zu einem wesentlichen Teil auf weitere Harmonisierungsmaßnahmen abzielen. Beispiele dafür sind eine Rahmenrichtlinie über die Verwaltung von Urheberrechten, eine Richtlinie über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, eine Richtlinie zur Schaffung eines integrierten Binnenmarkts für Hypothekenkredite oder die Änderung der Verordnung über Fluggastrechte.

Mitte Februar 2013 unterbreitete die Kommission ein Paket von Vorschlägen zur Verbesserung der Produktsicherheit und der Marktüberwachung.<sup>6</sup> Dazu zählen insbesondere ein Vorschlag für eine neue Verordnung über die Sicherheit von Verbraucherprodukten sowie ein Vorschlag für eine Verordnung über die Marktüberwachung von Produkten.

Bereits Ende Januar 2011 hatte die Kommission eine Reihe von



Maßnahmen vorgeschlagen, um die Umsetzung und Anwendung der Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123<sup>7</sup> zu verbessern. Diese Maßnahmen sind jedoch nicht auf den Erlass neuer Rechtsakte zur Rechtsangleichung gerichtet, sondern sollen die Umsetzung der Richtlinie in den einzelnen Mitgliedstaaten sowie die konkrete Anwendung der einschlägigen Regelungen in der Praxis sicherstellen.<sup>8</sup>

Diese wenigen Beispiele belegen, welche Bedeutung der Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt auch mehr als zwanzig Jahre nach Ablauf der Frist für dessen Verwirklichung Ende 1992 nach wie vor zukommt.

Vor diesem Hintergrund werden nachstehend einleitend einige Begriffsdefinitionen vorgenommen (B.). Im Anschluss daran werden die verschiedenen Methoden der Rechtsharmonisierung skizziert (C.). In der Folge wird auf die Rechtsgrundlagen und die Vorgaben für Harmonisierungsmaßnahmen eingegangen (D.). Darauf aufbauend werden die Wirkungen von Mindestharmonisierungsmaßnahmen dargestellt (E.), ihre Ergänzung durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung beschrieben (F.) sowie die Wirkungen von Teilharmonisierungsmaßnahmen skizziert (G.). Daran anschließend werden die Erforderlichkeit und die Wirkungen von Freiverkehrsklauseln dargestellt (H.). Zusammenfassende Schlussbetrachtungen schließen den Beitrag ab (I.).

## **B. Begriffe**

Der Begriff „Harmonisierung“ wird im primären Unionsrecht an mehreren Stellen verwendet: zum einen positiv wie in Art. 113 AEUV (Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern), zum anderen negativ wie in Art. 2 Abs. 5 UAbs. 2, Art. 165 Abs. 4, Art. 166 Abs. 4 und Art. 167 Abs. 5 AEUV (Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten). Daneben finden sich in den Verträgen aber auch anderslautende Begriffe wie „Angleichung“ in Art. 114 und Art. 115 AEUV (Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften) oder „Koordinierung“ in Art. 53 Abs. 1 AEUV

(Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften).<sup>9</sup>

Definiert werden die gegenständlichen Begriffe allerdings nicht. In der Praxis werden sie überwiegend als inhaltlich gleichbedeutend verstanden. Demnach beschreiben sie die sachbezogene Annäherung von mitgliedstaatlichen Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften an einen unionsrechtlich vorgegebenen Standard. Letzterer wird überwiegend durch bindende Sekundärrechtsakte der Union festgelegt. Von einer so verstandenen Harmonisierung bzw. Rechtsangleichung zu unterscheiden ist die Rechtsvereinheitlichung. Während die Rechtsangleichung weder auf Identität noch auf Uniformität des Rechts abzielt, ist die Rechtsvereinheitlichung auf die Schaffung einer uniformen Rechtsordnung gerichtet. Die Übergänge sind allerdings fließend: Akte der Rechtsangleichung sind in manchen Fällen nicht weniger detailliert als Instrumente der Rechtsvereinheitlichung. Dies gilt insbesondere bei einer Vollharmonisierung.<sup>10</sup> Andererseits ist Einheitsrecht oft lückenhaft, gestattet Abweichungen und bedarf gelegentlich mitgliedstaatlicher Durchführung bzw. Umsetzung.<sup>11</sup>

Die Rechtsangleichung ist funktional ausgerichtet. Sie ist „kein Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck der Integration“. <sup>12</sup> Nicht zuletzt aus diesem Grund ist sie grundsätzlich nicht auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zielt die Rechtsangleichung darauf ab, die sich aus der Unterschiedlichkeit mitgliedstaatlicher Vorschriften „ergebenden Hindernisse aller Art zu mildern“. <sup>13</sup> Dabei erfolgt die Annäherung der mitgliedstaatlichen Vorschriften sowohl inhaltlich (Regelungsdichte) als auch formal (Regelungsart) unterschiedlich.

Von der Rechtsangleichung und der Rechtsvereinheitlichung zu unterscheiden ist die Schaffung supranationaler Rechtsformen. Diese ergänzen nationales Recht, gleichen es aber nicht an. <sup>14</sup> Dabei wird supranationales Recht neben die verschiedenen nationalen Rechtsordnungen der 28 Mitgliedstaaten gesetzt („29. Modell“). Beispiele dafür sind die Europäische Gesellschaft (SE) <sup>15</sup> und die Europäische Genossenschaft (SCE) <sup>16</sup> sowie die Gemeinschaftsmarke, <sup>17</sup> das Gemeinschaftsgeschmacksmuster <sup>18</sup> und der gemeinschaftliche Sortenschutz. <sup>19</sup>



## C. Methoden der Harmonisierung

Die Rechtsangleichung kann auf unterschiedliche Weise erfolgen: Die „Spielarten“<sup>20</sup> reichen von einer Vollharmonisierung (I.) über eine Teilharmonisierung (II.) bis zu einer (bloßen) Mindestharmonisierung (III.). Unterscheidungskriterium ist dabei die Harmonisierungsintensität.<sup>21</sup>

### *I. Vollharmonisierung*

Bei einer Vollharmonisierung wird ein bestimmter Sachbereich vom Unionsrecht abschließend geregelt. Die Mitgliedstaaten sind sowohl in grenzüberschreitenden als auch in rein innerstaatlichen Sachverhalten daran gebunden und dürfen davon nur innerhalb des primärrechtlichen Rahmens abweichen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind nationale Maßnahmen in einem Bereich, der auf Unionsebene abschließend harmonisiert wurde, allein anhand der Bestimmungen der Harmonisierungsmaßnahme und nicht des Primärrechts zu beurteilen.<sup>22</sup> Ob ein Unionsrechtsakt eine Vollharmonisierung zu treffen beabsichtigt, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Wortlauts, der Zielsetzung und des Regelungszusammenhangs zu prüfen.<sup>23</sup>

Bei einer Vollharmonisierung ist zwischen einer absoluten Harmonisierung und einer Totalharmonisierung zu unterscheiden.

Erlaubt das Primärrecht den Mitgliedstaaten keine Abweichung von einer abschließenden Regelung in einem Sekundärrechtsakt der Union, so liegt eine absolute Harmonisierung vor. Ein Beispiel dafür ist die Richtlinie 2005/29 über unlautere Geschäftspraktiken.<sup>24</sup> Gemäß Art. 4 dieser Richtlinie dürfen die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr und den freien Warenverkehr nicht aus Gründen einschränken, die mit dem durch die Richtlinie angeglichenen Bereich zusammenhängen. Dem folgend dürfen die Mitgliedstaaten keine strengeren Maßnahmen als in der Richtlinie vorgesehen erlassen, auch nicht, um ein höheres Verbraucherschutzniveau zu erreichen.<sup>25</sup> Ein zweites Beispiel stellt die Datenschutz-Richtlinie 1995/46<sup>26</sup> dar. Gemäß ihrem Art. 1 dürfen die Mitgliedstaaten den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen Mitgliedstaaten nicht aus Gründen des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten und insbesondere des Schutzes der Privatsphäre

natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten beschränken oder untersagen. Ein Abweichen davon zugunsten eines höheren Datenschutzniveaus ist den Mitgliedstaaten nicht erlaubt.<sup>27</sup>

Dürfen die Mitgliedstaaten von einer abschließenden Regelung hingegen auf der Basis von im Primärrecht verankerten Schutzklauseln abweichen, wird von einer Totalharmonisierung gesprochen. Primärrechtliche Schutzklauseln sind etwa in Art. 114 Abs. 4 ff. AEUV<sup>28</sup> und in Art. 193 AEUV niedergelegt.<sup>29</sup>

## *II. Teilharmonisierung*

Bei einer Teilharmonisierung werden die mitgliedstaatlichen Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften entweder vollständig oder teilweise angeglichen. Bei einer vollständigen Angleichung wird jedoch eine Wahlmöglichkeit eröffnet. Je nachdem, wem diese Wahlmöglichkeit zukommt und wie sie ausgestaltet ist, liegt entweder eine optionale oder eine fakultative Angleichung vor.

Bei einer optionalen Angleichung sind alle Mitgliedstaaten verpflichtet, den unionsrechtlich vorgeschriebenen Standard einzuhalten, dürfen aber für Inlandssachverhalte andere Vorschriften aufrechterhalten bzw. einführen („Öffnungsklausel“). Demnach müssen sie Produkte und/oder Dienstleistungen, die den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen, zum Verkehr zulassen, selbst wenn für Inlandssachverhalte andere Vorgaben mit einem höheren Schutzniveau gelten sollten. Ein Beispiel dafür ist die Richtlinie 2001/113 über Konfitüren/Marmeladen.<sup>30</sup> Demnach ist die Vermarktung von Erzeugnissen, die der vorliegenden Richtlinie nicht entsprechen, ab dem 12. Juli 2004, dem Ablauf der Umsetzungsfrist, verboten (Art. 8 Richtlinie 2001/113). So müssen die in Abschnitt I definierten Erzeugnisse mindestens 60% lösliche Trockenmasse (Refraktometerwert) enthalten; hiervon ausgenommen sind die Erzeugnisse, bei denen der Zucker ganz oder teilweise durch Süßungsmittel ersetzt wurde. Allerdings dürfen die Mitgliedstaaten auch Erzeugnisse zulassen, die weniger als 60% lösliche Trockenmasse enthalten, „um bestimmten Sonderfällen Rechnung zu tragen“.

Bei einer fakultativen Angleichung wird hingegen den Produzenten und Händlern bzw. den Dienstleistungserbringern ein Wahlrecht eröffnet.

Diese können zwischen dem unionsrechtlichen und dem mitgliedstaatlichen Standard wählen. Ein Beispiel dafür ist der Verordnungs-Vorschlag der Kommission für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.<sup>31</sup>

Eine Teilharmonisierung liegt auch vor, wenn die in einem bestimmten Sachgebiet geltenden Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften nur teilweise angeglichen werden. So nimmt beispielsweise die Betriebsübergangs-Richtlinie 2001/23<sup>32</sup> „nur eine teilweise Harmonisierung auf dem geregelten Gebiet vor (...), indem sie hauptsächlich den Schutz, der den Arbeitnehmern durch die Rechtsvorschriften der einzelnen Mitgliedstaaten selbst bereits gewährt wird, auch auf den Fall des Unternehmensübergangs ausdehnt. Sie will kein für die gesamte Union aufgrund gemeinsamer Kriterien einheitliches Schutzniveau schaffen.“<sup>33</sup>

### *III. Mindestharmonisierung*

Bei einer Mindestharmonisierung werden einheitliche Standards aufgestellt, die von allen Mitgliedstaaten eingehalten werden müssen. Dabei bleibt es jedem Mitgliedstaat jedoch frei gestellt, strengere Vorschriften zu erlassen. Diese dürfen sowohl inländische als auch eingeführte Waren und/oder Dienstleistungen umfassen.

Der Unterschied zur optionalen Harmonisierung<sup>34</sup> liegt darin, dass die Erfüllung der unionsrechtlichen Mindeststandards nicht automatisch mit der Freiverkehrsfähigkeit von ausländischen Waren und/oder Dienstleistungen verbunden ist. Letztere bestimmt sich allein nach dem aus den primärrechtlich garantierten Grundfreiheiten resultierenden Prinzip der gegenseitigen Anerkennung.<sup>35</sup> Die Mindestharmonisierung erlaubt demnach einen Wettbewerb der Rechtsordnungen.<sup>36</sup>

Mindestharmonisierungsmaßnahmen können jedoch auch eine Freiverkehrsklausel beinhalten. Dies gilt beispielsweise für die Richtlinie 2005/36 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen.<sup>37</sup> Diese bestimmt im Rahmen des vertikalen Systems (Kapitel III Richtlinie 2005/36), dass jeder Mitgliedstaat die in der Richtlinie aufgeführten Ausbildungsnachweise anderer Mitgliedstaaten, die die von der Richtlinie

festgelegten Mindestanforderungen für die Ausbildung erfüllen, anerkennen und diesen Nachweisen in Bezug auf die Aufnahme und Ausübung der beruflichen Tätigkeiten des Arztes mit Grundausbildung und des Facharztes, der Krankenschwester und des Krankenpflegers für allgemeine Pflege, des Zahnarztes und Fachzahnarztes, des Tierarztes, des Apothekers und des Architekten in seinem Hoheitsgebiet dieselbe Wirkung wie den von ihm ausgestellten Ausbildungsnachweisen verleihen muss.<sup>38</sup> Diese automatische und obligatorische Anerkennung greift selbst dann, wenn der Aufnahmemitgliedstaat strengere Ausbildungsanforderungen verlangt.<sup>39</sup>

#### *IV. Horizontale und vertikale Harmonisierung*

In formaler Hinsicht ist – unabhängig von der inhaltlichen Intensität der jeweiligen Regelung – zwischen horizontaler und vertikaler Harmonisierung zu differenzieren.

##### **1. Horizontale Harmonisierung**

Eine horizontale Angleichung liegt dann vor, wenn eine unionsrechtliche Regelung sich allgemein auf Produkte oder auf Dienstleistungen bezieht und für diese gemeinsame Regeln festlegt. So gilt beispielsweise die Richtlinie 2000/13 über die Etikettierung von Lebensmitteln<sup>40</sup> für alle Lebensmittel, die ohne weitere Verarbeitung an den Endverbraucher abgegeben werden sollen, sowie für bestimmte Aspekte ihrer Aufmachung und der für sie durchgeführten Werbung (Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2000/13). Ein weiteres Beispiel ist die Dienstleistungs-Richtlinie 2006/123,<sup>41</sup> die gemäß ihrem Art. 2 Abs. 1 für alle Dienstleistungen gilt, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden.

##### **2. Vertikale Harmonisierung**

Eine vertikale Angleichung bezieht sich hingegen auf einzelne Produkte bzw. Produktgruppen oder einzelne Dienstleistungen. Beispiele dafür sind die Honig-Richtlinie,<sup>42</sup> die Kakao- und Schokoladeerzeugnisse-Richtlinie<sup>43</sup> und die Lebensversicherungs-Richtlinien.<sup>44</sup>

## V. Von der Vollharmonisierung zur „neuen Strategie“ und retour?

Der von 1962 bis 1985 verfolgte Ansatz, den Gemeinsamen Markt durch eine kontinuierlich fortschreitende Vollharmonisierung zu realisieren, erwies sich aus mehreren Gründen als nicht zielführend. Zum einen waren die allermeisten Regelungen kompromissbehaftet und hatten nicht zuletzt aus diesem Grund Defizite im Schutzstandard, zum anderen erzwangen die Mitgliedstaaten in oft langwierigen Verhandlungen zunehmend die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen vom einheitlichen Standard abweichen zu dürfen.<sup>45</sup>

Das Scheitern der Vollharmonisierung veranlasste die Kommission, ihre Vorgehensweise zu überprüfen und im Kontext mit dem Weißbuch für den Binnenmarkt (1985)<sup>46</sup> zu ändern. Nach dieser „neuen Strategie“ sollte die Rechtsangleichung sich künftig grundsätzlich auf eine Mindestharmonisierung beschränken und gleichzeitig mit dem Prinzip der gegenseitigen Anerkennung (*Cassis-Formel*)<sup>47</sup> gekoppelt werden.

In den letzten Jahren nahm die Kommission erneut eine Änderung ihrer Vorgehensweise vor. Sie kehrte zur Vollharmonisierung zurück, setzt diese allerdings nicht mehr flächendeckend ein, sondern bringt sie „gezielt“ zur Anwendung.<sup>48</sup> Dabei ist zu beachten, dass eine Vollharmonisierung nur dann vorgenommen werden darf, wenn die primärrechtlichen Grundlagen eine solche erlauben.<sup>49</sup>

## D. Rechtsgrundlagen und Vorgaben für Harmonisierungsmaßnahmen

Nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung in Art. 5 Abs. 2 EUV darf die Union nur dann rechtsangleichend tätig werden, wenn sie dafür über eine entsprechende Rechtsgrundlage verfügt. Die Verträge sehen insgesamt 20 derartige Kompetenznormen vor. Diese beinhalten jeweils spezifische formale und materielle Vorgaben, die der Unionsgesetzgeber zu beachten hat. Zusätzlich sind die Grundsätze der Subsidiarität (Art. 5 Abs. 3 EUV) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 Abs. 4 EUV) einzuhalten.

## *I. Einschlägige Rechtsgrundlagen*

Zu den wichtigen Kompetenznormen für Maßnahmen der Rechtsangleichung zählen insbesondere folgende Vertragsbestimmungen:

### **1. Art. 114 AEUV: Maßnahmen zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt**

Die zentrale Rechtsgrundlage für den Erlass von Harmonisierungsmaßnahmen ist Art. 114 AEUV. Demnach kann die Union „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten (erlassen), welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben“.<sup>50</sup>

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH muss ein auf diese Rechtsgrundlage gestützter Rechtsakt zum einen Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten umfassen und zum anderen die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.<sup>51</sup>

Die erste Voraussetzung – „Maßnahmen zur Angleichung“ – räumt dem Unionsgesetzgeber einen Ermessensspielraum hinsichtlich der zur Erreichung des angestrebten Ergebnisses „am besten geeigneten Angleichungstechnik“<sup>52</sup> ein. So kann er – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit<sup>53</sup> – zwischen Verordnungen,<sup>54</sup> Richtlinien und Beschlüssen wählen und sogar „Befugnisse auf eine Einrichtung oder sonstige Stelle der Union übertragen, die der Verwirklichung der angestrebten Harmonisierung dienen“.<sup>55</sup> Letzteres gilt insbesondere dann, wenn die zu ergreifenden Maßnahmen ein spezifisches technisches Fachwissen und die Reaktionsfähigkeit einer solchen Stelle voraussetzen. Ebenso umfasst ist die Befugnis des Unionsgesetzgebers, Maßnahmen hinsichtlich eines bestimmten Produkts oder einer bestimmten Produktkategorie und gegebenenfalls auch Einzelmaßnahmen hinsichtlich dieser Produkte vorzuschreiben.<sup>56</sup> Schließlich müssen die vom Unionsgesetzgeber erlassenen Maßnahmen nicht zwingend an die Mitgliedstaaten gerichtet sein.

Die zweite Voraussetzung – „Errichtung und Funktionieren des

Binnenmarkts“ – verlangt, dass aus dem jeweiligen Rechtsakt „objektiv und tatsächlich hervorgeht, dass er den Zweck hat, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zu verbessern“. <sup>57</sup>

Auf die gegenständliche Rechtsgrundlage gestützte Vorschläge der Kommission müssen in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umweltschutz und Verbraucherschutz von einem hohen Schutzniveau ausgehen und dabei insbesondere alle auf wissenschaftliche Ergebnisse gestützten neuen Entwicklungen berücksichtigen. Diese Schutzverstärkungsklausel des Art. 114 Abs. 3 AEUV soll einerseits die Interessen jener Mitgliedstaaten, die ein hohes Schutzniveau für erforderlich halten, schützen und andererseits ein – zulässiges – Abweichen einzelner Mitgliedstaaten nach vollzogener Harmonisierung verhindern.

Art. 114 Abs. 4 AEUV erlaubt den Mitgliedstaaten die Beibehaltung einzelstaatlicher Bestimmungen, sofern und soweit diese durch wichtige Erfordernisse i.S.d. Art. 36 AEUV (öffentliche Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren und Pflanzen, Schutz des nationalen Kulturguts und Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums) oder in Bezug auf den Schutz der Arbeitsumwelt oder den Umweltschutz gerechtfertigt sind. Zusätzlich dürfen die Mitgliedstaaten nach Art. 114 Abs. 5 AEUV neue einzelstaatliche Bestimmungen zur Schutzverstärkung einführen. Dabei sind allerdings strengere Voraussetzungen zu erfüllen, als dies für die Beibehaltung bestehender Vorschriften erforderlich ist. So dürfen derartige Vorschriften sich ausschließlich auf den Schutz der Umwelt oder der Arbeitsumwelt beziehen, müssen auf neue wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt sein und als Grund ein spezifisches Problem für den betreffenden Mitgliedstaat haben. Bestehen vergleichbare Probleme in allen Mitgliedstaaten, sollte eine Anhebung des Schutzniveaus in der Harmonisierungsmaßnahme in Betracht gezogen und nicht vom „nationalen Alleingang“ Gebrauch gemacht werden. <sup>58</sup>

## 2. Art. 115 AEUV: Richtlinien zur Rechtsharmonisierung im Binnenmarkt

Art. 115 AEUV erlaubt den Erlass von Richtlinien, die die „Angleichung



derjenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Binnenmarkts auswirken“.<sup>59</sup>

Auf die gegenständliche Rechtsgrundlage können erstens nur Richtlinien, aber keine Verordnungen oder Beschlüsse gestützt werden. Diese müssen – wie die Maßnahmen nach Art. 114 AEUV – die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts verbessern.

Von Bedeutung ist diese Rechtsgrundlage für jene Bereiche, die gemäß Art. 114 Abs. 2 AEUV von der dort verankerten Harmonisierungskompetenz ausgenommen sind. Dies gilt für die Bestimmungen über die Steuern, die Bestimmungen über die Freizügigkeit und die Bestimmungen über die Rechte und Interessen der Arbeitnehmer.

### 3. Art. 113 AEUV: Regelungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über indirekte Steuern

Gemäß Art. 113 AEUV kann die Union Bestimmungen zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und sonstige indirekte Steuern erlassen, „soweit diese Harmonisierung für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen notwendig ist“.<sup>60</sup>

Auf die gegenständliche Rechtsgrundlage können „Bestimmungen“ gestützt werden. Dieser Begriff umfasst alle gekennzeichneten Rechtsakte des Art. 288 AEUV, schließt aber auch ungekennzeichnete Rechtsakte wie Mitteilungen nicht aus.

Die gegenständlichen Harmonisierungsbestimmungen sind auf indirekte Steuern der Mitgliedstaaten beschränkt. Ausdrücklich angeführt sind die Umsatzsteuern und die Verbrauchsabgaben.

Schließlich sind Harmonisierungsmaßnahmen – vergleichbar Art. 114 Abs. 1 AEUV – nur zulässig, sofern und soweit sie für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts notwendig sind. Die Ergänzung, dass derartige Bestimmungen auch der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen dienen müssen, ist kein zusätzliches Erfordernis, sondern bereits von der Verbesserung der Voraussetzungen



für das Funktionieren des Binnenmarkts umfasst.

#### 4. Art. 53 AEUV: Koordinierungsregelungen für selbstständige Tätigkeiten

Gemäß Art. 53 AEUV kann die Union Richtlinien für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise sowie für die Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten erlassen.

Die gegenständliche Rechtsgrundlage erlaubt ausschließlich den Erlass von Richtlinien. Diese können die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen (Anerkennungsregelungen) und/oder die Koordinierung von Berufszugangs- und -ausübungsregelungen (Koordinierungsregelungen) zum Gegenstand haben.

#### 5. Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV: Mindestvorschriften betreffend soziale Sicherheit

Die Rechtsgrundlage in Art. 153 Abs. 2 lit. b AEUV erlaubt der Union in bestimmten Bereichen der Sozialpolitik Mindestvorschriften zu erlassen. Zu diesen Bereichen gehören die Verbesserung der Arbeitsumwelt, die Arbeitsbedingungen, die soziale Sicherheit und der soziale Schutz der Arbeitnehmer, der Schutz der Arbeitnehmer bei Beendigung des Arbeitsvertrags, die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer, die Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen,<sup>61</sup> die Beschäftigungsbedingungen der sich rechtmäßig im Gebiet der Union aufhaltenden Drittstaatsangehörigen, die berufliche Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt sowie die Chancengleichheit von Männern und Frauen.<sup>62</sup>

Die Mindestvorschriften dürfen ausschließlich in Richtlinien verankert werden. Sie müssen die in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden Bedingungen und technischen Regelungen berücksichtigen und sollen keine verwaltungsmäßigen, finanziellen oder rechtlichen Auflagen vorschreiben, die der Gründung und Entwicklung von kleinen und mittleren Unternehmen entgegenstehen.

## 6. Art. 192 AEUV: Maßnahmen zum Schutz der Umwelt

Art. 192 AEUV erlaubt ganz allgemein ein „Tätigwerden der Union“ zur Erreichung der in Art. 191 AEUV genannten umweltpolitischen Ziele. Dazu gehören die Erhaltung und der Schutz der Umwelt sowie die Verbesserung ihrer Qualität, der Schutz der menschlichen Gesundheit, eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen sowie die Förderung von Maßnahmen auf internationaler Ebene zur Bewältigung regionaler oder globaler Umweltprobleme und insbesondere zur Bekämpfung des Klimawandels.

Das Tätigwerden der Union kann auch Vorschriften überwiegend steuerlicher Art zum Gegenstand haben oder Maßnahmen umfassen, die die Raumordnung, die mengenmäßige Bewirtschaftung der Wasserressourcen oder die Bodennutzung (mit Ausnahme der Abfallbewirtschaftung) berühren. Nicht ausgeschlossen sind zudem Maßnahmen, welche die Wahl eines Mitgliedstaats zwischen verschiedenen Energiequellen erheblich berühren (Art. 192 Abs. 2 AEUV).

Die auf die gegenständliche Rechtsgrundlage gestützten Maßnahmen können – abhängig von ihrer inhaltlichen Ausgestaltung – sowohl eine Mindestharmonisierung als auch eine Vollharmonisierung zum Gegenstand haben.<sup>63</sup> Maßnahmen, die auf eine vollständige Harmonisierung abzielen, haben dennoch stets nur eine Mindestharmonisierung zur Folge. Dies resultiert aus der Schutzklausel des Art. 193 AEUV, wonach die auf Art. 192 AEUV gestützten Schutzmaßnahmen die einzelnen Mitgliedstaaten nicht daran hindern, verstärkte Schutzmaßnahmen beizubehalten oder zu ergreifen. Letztere müssen allerdings materiell mit den Verträgen vereinbar sein und formal der Kommission notifiziert werden. Derartige vollständig harmonisierende Maßnahmen stellen eine Totalharmonisierung dar.<sup>64</sup>

### *II. Zusätzliche Vorgaben*

Bei der Ausübung der vorgenannten Kompetenzen der Union müssen die Unionsorgane im Allgemeinen die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit beachten. Zusätzlich sind die Unionsorgane bei der

Rechtsetzung und die Mitgliedstaaten bei der Vollziehung an das primäre Unionsrecht, insbesondere die Grundfreiheiten des Binnenmarkts und die Unionsgrundrechte, gebunden.

### 1. Subsidiaritätsprinzip

Das in Art. 5 Abs. 3 EUV verankerte Subsidiaritätsprinzip gilt für alle Kompetenzen der Union, die nicht zu den in Art. 3 AEUV abschließend aufgelisteten Bereichen ausschließlicher Zuständigkeit gehören. Von diesem Prinzip umfasst sind demnach ganz überwiegend die Harmonisierungskompetenzen der Union. Dem folgend darf die Union nur rechtsangleichend tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können (Effizienzkriterium), sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind (Erforderlichkeitskriterium). Beide Kriterien sind über das Begriffspaar „sondern vielmehr“ miteinander verbunden und müssen demnach kumulativ vorliegen.

Selbst bei Vorliegen beider Kriterien (arg. „sofern ...“) ist ein Handeln der Union nur im Rahmen des Notwendigen erlaubt (arg. „... soweit ...“). Letztere Vorgabe bezieht sich unmittelbar auf die Harmonisierungsintensität.

### 2. Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Der in Art. 5 Abs. 4 EUV verankerte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt, dass die Maßnahmen der Union nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen. Dies gilt sowohl in inhaltlicher als auch in formaler Hinsicht. Erstere Vorgabe betrifft die Regelungsintensität. Dem folgend ist jede Maßnahme der Rechtsangleichung auf eine (bloße) Mindestharmonisierung zu beschränken, sofern und soweit eine solche die Zielerreichung ermöglicht. Letztere Vorgabe bezieht sich auf die Rechtsaktförmigkeit. Dies hat zur Folge, dass bei Maßnahmen zur Rechtsangleichung grundsätzlich eine Richtlinie einer Verordnung vorzuziehen ist.

Daneben gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch als allgemeiner

Rechtsgrundsatz. Als solcher verpflichtet er ergänzend die Mitgliedstaaten, wenn sie Unionsrecht umsetzen oder durchführen.<sup>65</sup>

### 3. Beachtung der Grundfreiheiten und der Grundrechte

Die auf einer der einschlägigen Kompetenzgrundlagen gestützten Harmonisierungsmaßnahmen der Union müssen nicht nur die darin normierten und die damit verbundenen Schranken einhalten, sondern auch alle sonstigen primärrechtlichen Vorgaben beachten. Dazu zählen in erster Linie die Grundfreiheiten des Binnenmarkts und die Unionsgrundrechte.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dürfen Harmonisierungsmaßnahmen die Grundfreiheiten nicht ungerechtfertigt und/oder unverhältnismäßig einschränken.<sup>66</sup> So gilt das Verbot von mengenmäßigen Beschränkungen sowie von Maßnahmen gleicher Wirkung in Art. 34 und Art. 35 AEUV nicht nur für nationale Maßnahmen, sondern auch für Maßnahmen der Union.<sup>67</sup>

Des Weiteren müssen Harmonisierungsmaßnahmen als Handlungen der Union die einschlägigen Unionsgrundrechte beachten. Dies resultiert aus Art. 6 Abs. 1 EUV, wonach die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze anerkennt, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) niedergelegt sind, sowie aus Art. 51 Abs. 1 GRC, wonach die Charta für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union gilt.<sup>68</sup> Ein allfälliger Eingriff des Unionsgesetzgebers in Unionsgrundrechte muss nach Art. 52 Abs. 1 GRC gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt der Rechte und Freiheiten achten; Einschränkungen dürfen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen. Dadurch wird der Gestaltungsspielraum des Unionsgesetzgebers anhand einer Reihe von Gesichtspunkten eingeschränkt. Zu ihnen gehören u.a. der betroffene Bereich, das Wesen des fraglichen durch die Charta gewährleisteten Rechts, Art und Schwere des Eingriffs sowie dessen Zweck.<sup>69</sup> So verlangt beispielsweise das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens in Art. 7 GRC, dass die Ausnahmen vom Schutz personenbezogener Daten und

dessen Einschränkungen sich „auf das absolut Notwendige beschränken müssen“.<sup>70</sup>

## **E. Wirkung von Mindestharmonisierungsmaßnahmen**

Sind Maßnahmen zur Rechtsangleichung als Mindestharmonisierung ausgestaltet, so entfalten sie bloß eingeschränkte Rechtswirkungen.

### *I. Erlaubnis zur Abweichung nach oben*

Zunächst legen Mindestharmonisierungsmaßnahmen einen unionsweit einheitlichen Standard fest. Dieser ist meistens als Minimalstandard ausgestaltet, kann aber auch einen höheren Harmonisierungsgrad aufweisen.

Unabhängig vom vorgeschriebenen einheitlichen Schutzniveau dürfen die Mitgliedstaaten jedenfalls strengere nationale Vorschriften beibehalten oder erlassen. Die entsprechenden Klauseln („Mindestklauseln“) finden sich überwiegend am Ende des jeweiligen Sekundärrechtsaktes. In ihrer neueren Gestaltung enthalten sie meist einen ausdrücklichen Verweis auf die Vorgaben aus dem Primärrecht.<sup>71</sup> So lautet etwa Art. 8 Abs. 2 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44:<sup>72</sup> „Die Mitgliedstaaten können in dem unter diese Richtlinie fallenden Bereich mit dem Vertrag in Einklang stehende strengere Bestimmungen erlassen oder aufrechterhalten, um ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher sicherzustellen“.

### *II. Verpflichtung zur Beachtung des primären Unionsrechts*

Machen die Mitgliedstaaten von dem ihnen sekundärrechtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch, so müssen sie jedenfalls – unabhängig davon, ob die Mindestklausel dies vorsieht oder nicht – die Vorgaben aus dem Primärrecht beachten. Dazu zählen in erster Linie die Grundfreiheiten des Binnenmarkts mit ihrem Diskriminierungs- und Beschränkungsverbot.<sup>73</sup>

Ebenso zu beachten sind die unionsrechtlich garantierten Grundrechte.

Dazu zählen seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in erster Linie die in der Grundrechte-Charta verankerten Rechte und Freiheiten. Gemäß Art. 51 GRC binden diese die Mitgliedstaaten zwar nur bei der Durchführung des Rechts der Union. Nach bereits ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die durch die Charta garantierten Grundrechte jedoch zu beachten, „wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt. ... Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasst die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte“ (*Åkerberg Fransson-Formel*).<sup>74</sup>

Bei einer Mindestharmonisierung räumt der jeweilige Sekundärrechtsakt den Mitgliedstaaten zwar ein (weites) Ermessen ein. Ist dieses Ermessen jedoch Teil des betreffenden Sekundärrechtsakts, so eröffnet seine Ausübung den Anwendungsbereich des Unionsrechts.<sup>75</sup> Dies gilt auch dann, wenn der Sekundärrechtsakt zu diesem Teilbereich keine harmonisierenden oder koordinierenden Vorschriften enthält. Es reicht aus, wenn das Ermessen nur unter Beachtung der anderen Bestimmungen des betroffenen Rechtsakts ausgeübt werden kann und seine Ausübung Rechtsfolgen aus diesem Rechtsakt nach sich zieht.<sup>76</sup>

Des Weiteren wird der Anwendungsbereich des Unionsrechts durch die zu beachtenden Grundfreiheiten eröffnet. Nach jüngster Rechtsprechung des EuGH gilt diesbezüglich, dass in allen Fällen, in denen ein Mitgliedstaat sich auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses beruft, um eine Regelung zu rechtfertigen, die geeignet ist, die Ausübung einer Grundfreiheit zu behindern, „diese im Unionsrecht vorgesehene Rechtfertigung im Licht der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts und insbesondere der nunmehr durch die Charta garantierten Grundrechte auszulegen (ist). Die vorgesehenen Ausnahmen können daher für die betreffende nationale Regelung nur dann gelten, wenn sie im Einklang mit den Grundrechten steht, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat.“<sup>77</sup>

### *III. Fehlen von Freiverkehrsfähigkeit*

Mindestharmonisierungsmaßnahmen garantieren grundsätzlich keine Freiverkehrsfähigkeit. Dies bedeutet, dass Produkte oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten den im Einfuhr- oder Aufnahmemitgliedstaat geltenden strengeren nationalen Vorschriften entsprechen müssen.

Letztere müssen allerdings mit den Grundfreiheiten des Binnenmarkts kompatibel sein. Das diesen immanente Beschränkungsverbot erlaubt die mit strengeren nationalen Vorschriften verbundenen (spürbaren)<sup>78</sup> Behinderungen nur, sofern diese durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses gerechtfertigt und verhältnismäßig ausgestaltet sind. Andernfalls sind die dem unionsrechtlichen Mindestschutzniveau entsprechenden Produkte und/oder Dienstleistungen zum Verkehr zuzulassen. Daraus resultiert eine eingeschränkte Freiverkehrsfähigkeit.<sup>79</sup>

Mindestharmonisierungsmaßnahmen können jedoch auch spezifische Freiverkehrsklauseln enthalten. Im Bereich des freien Warenverkehrs sah die alte Tabaketikettierungs-Richtlinie 89/622 in ihrem Art. 8 Abs. 1 vor, dass die Mitgliedstaaten den Handel mit Tabakerzeugnissen, die den Vorgaben der Richtlinie entsprechen, aus Gründen der Etikettierung weder untersagen noch einschränken. Dem folgend durften die Mitgliedstaaten bei eingeführten Erzeugnissen nur die Einhaltung der Regelungen der Richtlinie verlangen, während sie für inländische Erzeugnisse infolge des Mindeststandards eine strengere Vorschrift mit der Verpflichtung zur Verwendung größerer Warnhinweise anwenden konnten.<sup>80</sup> Im Bereich des freien Personenverkehrs bestimmt beispielsweise die geltende Berufsqualifikations-Richtlinie 2005/36<sup>81</sup>, dass bestimmte Berufsqualifikationen, die den Vorgaben der Richtlinie entsprechen, von allen Mitgliedstaaten „automatisch und obligatorisch anerkannt“ werden müssen.<sup>82</sup> Dieses vertikale System gilt für wenige Berufe im Gesundheitsbereich: Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker, Hebammen sowie Krankenschwestern und Krankenpfleger. Grundlage dafür ist die Angleichung der Berufsausbildungs-, -zulassungs- und -ausübungsregelungen, die einen für alle Mitgliedstaaten verbindlichen Mindeststandard festlegt, der nicht unterschritten werden darf. Verfügt ein begünstigter Unionsbürger über eine Berufsqualifikation, die diesen Vorgaben entspricht, so hat sie jeder Mitgliedstaat anzuerkennen und ihr in seinem Hoheitsgebiet die gleiche Wirkung zu verleihen wie den von ihm ausgestellten Berufsqualifikationen. Für Architekten sieht die Berufsqualifikations-Richtlinie zwar nur Mindestanforderungen an die Ausbildung vor, normiert aber dennoch eine automatische Anerkennung der betreffenden Berufsqualifikationen.<sup>83</sup>

Verfügen Mindestharmonisierungsmaßnahmen über eine Freiverkehrsklausel, so kommen sie einer Teilharmonisierung<sup>84</sup> sehr nahe.

#### *IV. Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung*

Mindestharmonisierungsmaßnahmen der Union erlauben den Mitgliedstaaten den Erlass strengerer innerstaatlicher Vorschriften. Diese müssen jedoch stets – weil im Anwendungsbereich des Unionsrechts – nichtdiskriminierend ausgestaltet sein. Demnach müssen sie sowohl für Inlands- als auch für eingeführte Produkte sowie für Inländer und Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten in gleicher Weise gelten.

Haben derartige gleichbehandelnde innerstaatliche Vorschriften zur Folge, dass die Einfuhr von Waren und/oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten in unzulässiger Weise beschränkt wird, dürfen sie auf derartige Waren und/oder Dienstleistungen nicht angewendet werden. Die damit verbundene Schlechterstellung von inländischen Waren und/oder Dienstleistungen, die den strengeren innerstaatlichen Vorschriften weiterhin genügen müssen (Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung), ist beim derzeitigen Stand des Unionsrechts jedoch nicht verboten.<sup>85</sup>

## **F. Ergänzung durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung**

Mindestharmonisierungsmaßnahmen werden stets durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ergänzt. Dieses ergibt sich aus dem Primärrecht und gilt unabhängig davon, ob die einschlägige Harmonisierungsbestimmung eine entsprechende Regelung beinhaltet.

#### *I. Rechtsgrundlagen*

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung resultiert allgemein aus den Grundfreiheiten des Binnenmarkts und konkret aus dem diesen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH inhärenten Beschränkungsverbot. Für den freien Warenverkehr ist dieses in Art. 34 AEUV verankert, für den freien Dienstleistungsverkehr bildet Art. 56 AEUV die einschlägige Rechtsgrundlage.



## *II. Voraussetzungen*

Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten des Binnenmarkts ist ein grenzüberschreitendes Element. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH gelten die im AEU-Vertrag garantierten Grundfreiheiten nur für Sachlagen, die eine Verbindung zum Handel zwischen den Mitgliedstaaten aufweisen.<sup>86</sup>

Nach jüngster Rechtsprechung des Gerichtshofs gilt dies jedoch nur „im Allgemeinen“. Es lässt sich nämlich keineswegs ausschließen, dass Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten „Interesse daran hatten oder haben“, in einem Mitgliedstaat wirtschaftlich tätig zu werden.<sup>87</sup> In einem solchen Fall kann eine innerstaatliche Regelung „gleichwohl Wirkungen entfalten, die sich nicht auf diesen Mitgliedstaat beschränken“.<sup>88</sup> Trifft dies zu, können sich auch Staatsangehörige eines Mitgliedstaats in einem Sachverhalt, der sich ausnahmslos innerhalb dieses Mitgliedstaats abspielt, gegenüber ihrem Mitgliedstaat auf das Beschränkungsverbot der betroffenen Grundfreiheit berufen (*Venturini*-Formel).<sup>89</sup>

## *III. Inhalt*

Im Bereich des freien Warenverkehrs resultiert das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung aus der *Cassis*-Formel. Demnach stellen „Hemmnisse für den freien Warenverkehr, die sich in Ermangelung einer Harmonisierung der Rechtsvorschriften daraus ergeben, dass Waren aus anderen Mitgliedstaaten, die dort rechtmäßig hergestellt und in den Verkehr gebracht worden sind, bestimmten Vorschriften entsprechen müssen (wie etwa hinsichtlich ihrer Bezeichnung, ihrer Form, ihrer Abmessungen, ihres Gewichts, ihrer Zusammensetzung, ihrer Aufmachung, ihrer Etikettierung und ihrer Verpackung), selbst dann, wenn diese Vorschriften unterschiedslos für alle Erzeugnisse gelten, nach Artikel (34 AEUV) verbotene Maßnahmen gleicher Wirkung dar, sofern sich die Anwendung dieser Vorschriften nicht durch einen Zweck rechtfertigen lässt, der im Allgemeininteresse liegt und den Erfordernissen des freien Warenverkehrs vorgeht“.<sup>90</sup>

Im Bereich des freien Dienstleistungsverkehrs ergibt sich das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung primär aus dem „Herkunftslandprinzip“. Nach

ständiger Rechtsprechung des EuGH ist eine nationale Regelung, die den freien Dienstleistungsverkehr beschränkt, behindert oder weniger attraktiv macht, nur erlaubt, sofern sie erstens unterschiedslos für alle im betreffenden Mitgliedstaat tätigen Personen oder Unternehmen gilt, zweitens auf einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses beruht, drittens dieses Interesse nicht schon durch Vorschriften geschützt wird, denen der Dienstleistende in dem Mitgliedstaat unterliegt, in dem er ansässig ist, und viertens geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, ohne über das hinauszugehen, was zu dessen Erreichung erforderlich ist.<sup>91</sup>

#### *IV. Rechtswirkungen*

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung führt zu einer gewissen Freiverkehrsfähigkeit von Waren und/oder Dienstleistungen. Die auf diesem Weg erzielte Freiverkehrsfähigkeit ist allerdings eingeschränkt. Eine erste Einschränkung ergibt sich aus der beschränkten Zulässigkeit von Rechtfertigungsgründen. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH dürfen die zwingenden Gründe des Allgemeininteresses nicht rein wirtschaftlicher Natur sein.<sup>92</sup> Dies gilt u.a. für das Ziel der Senkung von Verwaltungskosten.<sup>93</sup> Kein zwingender Grund – obwohl nicht rein wirtschaftlich – ist beispielsweise das Ziel der Verwaltungsvereinfachung.<sup>94</sup> Eine zweite Einschränkung der Freiverkehrsfähigkeit betrifft den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH kann der bloße Umstand, dass „ein Mitgliedstaat ein anderes Schutzsystem als ein anderer Mitgliedstaat gewählt hat, ... keinen Einfluss auf die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der einschlägigen Bestimmungen haben“.<sup>95</sup> Diese sind allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen.<sup>96</sup>

Sofern und soweit das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung den freien Verkehr von Waren oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten nach sich zieht, ist damit für inländische Waren oder Dienstleistungen, welche die strengeren innerstaatlichen Regelungen erfüllen müssen, eine Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung verbunden. Diese ist beim

derzeitigen Stand des Unionsrechts jedoch nicht verboten.<sup>97</sup>

## **G. Wirkung von Teilharmonisierungsmaßnahmen**

Sind Maßnahmen zur Rechtsangleichung als Teilharmonisierung ausgestaltet, so entfalten sie weitreichende Rechtswirkungen. Diese gehen über die beschränkten Rechtswirkungen einer Mindestharmonisierung<sup>98</sup> wesentlich hinaus und kommen teilweise einer Vollharmonisierung<sup>99</sup> nahe.

### *I. Erlaubnis zur Abweichung*

Teilharmonisierungsmaßnahmen beinhalten entweder eine vollständige oder zumindest eine teilweise Angleichung der Rechts- und/oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten.<sup>100</sup>

Im Falle einer vollständigen Angleichung ist stets eine Wahlmöglichkeit vorgesehen. Besteht diese in einer Öffnungsklausel (optionale Angleichung), so dürfen die Mitgliedstaaten in reinen Inlandssachverhalten von den unionsrechtlichen Vorgaben abweichen und eigene Regelungen erlassen. Produkte und/oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten, die die unionsrechtlichen Vorgaben erfüllen, sind an die abweichenden innerstaatlichen Vorschriften jedoch nicht gebunden und im Inland zum Verkehr zuzulassen. Besteht die Wahlmöglichkeit hingegen nicht für die Mitgliedstaaten, sondern für die Produzenten und Händler (fakultative Angleichung), so ist es zwar Sache der Mitgliedstaaten, den betreffenden Bereich zu regeln, doch können die Produzenten und Händler auf die unionsrechtliche Harmonisierungsregelung „umsteigen“, um ihre Produkte oder Dienstleistungen in Verkehr zu bringen.

Im Falle einer nur teilweisen Angleichung dürfen die Mitgliedstaaten im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessensspielraums von den unionsrechtlichen Vorgaben abweichen.

### *II. Verpflichtung zur Beachtung des primären Unionsrechts*

Machen die Mitgliedstaaten von der ihnen eingeräumten Möglichkeit, von

einer Teilharmonisierungsmaßnahme abzuweichen, Gebrauch, so müssen sie dabei die Vorgaben des primären Unionsrechts beachten.<sup>101</sup> Dazu gehören die Grundfreiheiten des Binnenmarkts und die Unionsgrundrechte.

Die Grundfreiheiten verpflichten die Mitgliedstaaten, Waren und/oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten nicht aus Gründen der Herkunft der Waren bzw. der Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers zu diskriminieren sowie die Ausübung der jeweiligen wirtschaftlichen Tätigkeit nicht ungerechtfertigt zu beschränken, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.

Zusätzlich sind die Unionsgrundrechte einzuhalten. Öffnungsklauseln erschließen nämlich den Anwendungsbereich des Unionsrechts und daher die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.<sup>102</sup>

### *III. Freiverkehr*

Teilharmonisierungsmaßnahmen sind stets mit Freiverkehr verbunden. Dies gilt sowohl für in Fällen optionaler Angleichung als auch in Fällen fakultativer Angleichung. In beiden Fallkonstellationen können Waren bzw. Dienstleistungen aus anderen EU-Mitgliedstaaten, die den Vorgaben aus den Harmonisierungsmaßnahmen entsprechen, im betreffenden Mitgliedstaat in Verkehr gebracht werden.

### *IV. Inlands-/Inländerdiskriminierung*

Der bei Teilharmonisierungsmaßnahmen unionsrechtlich garantierte Freiverkehr von Waren und/oder Dienstleistungen führt im Falle strengerer inländischer Regelungen zu einer Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung. Diese ist jedoch beim derzeitigen Stand des Unionsrechts nicht verboten.<sup>103</sup>

Bleibt der EuGH allerdings bei seiner jüngsten Rechtsprechung, wonach innerstaatliche Regelungen, die sich nicht auf den betreffenden Mitgliedstaat beschränken, weil sich nicht ausschließen lässt, dass Staatsangehörige anderer Mitgliedstaat Interesse daran hatten oder haben, in diesem Mitgliedstaat wirtschaftlich tätig zu werden, so können Inländer, die durch strengere innerstaatliche Regelungen benachteiligt werden, sich

auf die jeweils einschlägige Grundfreiheit des Binnenmarkts berufen (Venturini-Formel).<sup>104</sup>

## **H. Erforderlichkeit und Wirkungen von Freiverkehrsklauseln**

Wie vorstehend ausgeführt, garantieren Harmonisierungsmaßnahmen der Union nicht automatisch den freien Verkehr von Waren und/oder Dienstleistungen, die den unionsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Der Freiverkehr hängt nämlich von der jeweils angewandten Harmonisierungsart ab.

Eine Vollharmonisierung ist – abgesehen von Fällen einer Totalharmonisierung<sup>105</sup> – auch mit dem Freiverkehr der davon umfassten Waren oder Dienstleistungen verbunden. Dasselbe gilt grundsätzlich für eine Teilharmonisierung. Eine solche ist per definitionem mit Freiverkehr verbunden. Dem gegenüber garantiert eine Mindestharmonisierung den Freiverkehr nicht. Letzterer ergibt sich nur eingeschränkt aus der primärrechtlich vorgegebenen gegenseitigen Anerkennung.

Aus alledem folgt, dass eine Freiverkehrsklausel in einer Harmonisierungsmaßnahme der Union immer dann erforderlich ist, wenn mit einer bloßen Mindestharmonisierung das damit verfolgte Ziel – u.a. der Abbau von Hindernissen für die Grundfreiheiten sowie die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen – nicht erreicht werden kann. In diesem Fall wird die Mindestharmonisierung zu einer Teilharmonisierung. Ist eine derartige Intensivierung der Harmonisierungsmaßnahme zur Zielerreichung nicht erforderlich, muss der Unionsgesetzgeber allerdings bei einer bloßen Mindestharmonisierung bleiben. Dies resultiert aus den Kompetenzausübungsgrundsätzen der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit.<sup>106</sup>

## **I. Zusammenfassende Schlussbetrachtungen**

Das Ziel der Errichtung des Binnenmarkts in Art. 3 Abs. 3 EUV beinhaltet einen – kaum einklagbaren – Rechtsetzungsauftrag für die Unionsorgane.

Dieser Rechtsetzungsauftrag zielt – im Sinne der positiven Integration – auf die Beseitigung der Hindernisse für den grenzüberschreitenden Handel in der Union durch Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten ab.

Die damit verbundene Rechtsangleichung wird auch als Harmonisierung bezeichnet. Rechtsangleichung bedeutet jedoch nicht Rechtsvereinheitlichung, auch wenn abschließende Harmonisierungsmaßnahmen der Union der Rechtsvereinheitlichung sehr nahe kommen.

Die Wahl zwischen Voll-, Teil- oder Mindestharmonisierung unterliegt primärrechtlichen Vorgaben. Dazu zählen zunächst die jeweils einschlägige Rechtsgrundlage und zusätzlich die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit. Ergänzend dazu sind die Grundfreiheiten des Binnenmarkts und die Unionsgrundrechte zu beachten. Diese Vorgaben räumen dem Unionsgesetzgeber jedoch im Allgemeinen einen weiten Ermessensspielraum ein.

Mindestharmonisierungsmaßnahmen stehen der Verwirklichung des Binnenmarkts nicht entgegen, sofern und soweit sie zur Zielerreichung geeignet sind. So müssen sie u.a. die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts verbessern. Dies gilt insbesondere für produktionsbezogene Regelungen.

Das Mindestharmonisierungsmaßnahmen ergänzende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wirkt unabhängig von derartigen Maßnahmen und wird durch diese nur ganz eingeschränkt beeinflusst.

Freiverkehrsklauseln im Rahmen einer Teilharmonisierung sind dann erforderlich, wenn die bloße Mindestharmonisierung die Zielerreichung nicht erlaubt. Dies gilt insbesondere für produktbezogene Regelungen.

Mindest- und Teilharmonisierung erlauben weiterhin einen Wettbewerb der Rechtsordnungen, schränken diesen aber ein, da Abweichungen nur nach oben bzw. nur eingeschränkt erlaubt sind. Des Weiteren erzeugen derartige Harmonisierungsmaßnahmen einen rechtlichen oder rechtspolitischen Druck einer Nivellierung nach unten. Ersterer resultiert aus der damit verbundenen Inlands- bzw. Inländerdiskriminierung.

Eine Vollharmonisierung ist aber ebenfalls kompromissbehaftet und muss

selbst bei Anwendung der Schutzniveaunklauseln nicht das höchste Schutzniveau garantieren.

Aus alledem folgt, dass Öffnungsklauseln der Verwirklichung des Binnenmarkts grundsätzlich nicht entgegenstehen. Sie basieren nämlich auf einer Teilharmonisierung mit Freiverkehr. In manchen Fällen können sogar weniger weitgehende Mindestharmonisierungsmaßnahmen die Zielerreichung ermöglichen, mit der Folge, dass keine Teilharmonisierung erfolgen darf. In anderen Fällen kann hingegen nur eine Vollharmonisierung die Zielerreichung gewährleisten. Wohl aus diesem Grund geht die Kommission neuerdings wieder zur – gezielten – Vollharmonisierung über. Ein Beispiel dafür ist die Richtlinie 2011/83 über Verbraucherrechte.<sup>107</sup>

Die Entscheidung, welche Harmonisierungsmethode (Angleichungstechnik) in jedem Einzelfall anzuwenden ist, obliegt dem Unionsgesetzgeber, dessen weites Ermessen jedoch der nachprüfenden Kontrolle durch den Gerichtshof der Union unterliegt.

---

<sup>1</sup> Z.B. *Nowak*, Binnenmarktziel und Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union vor und nach dem Reformvertrag von Lissabon, EuR-Beiheft 1-2009, 129.

<sup>2</sup> Z.B. EuGH, Rs. C-378/97, *Wijzenbeek*, Slg. 1999, I-2607, Rn. 40.

<sup>3</sup> Zum Begriff vgl. z.B. *Geber*, Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV im Spiegel der EuGH-Rechtsprechung, JuS 2014, 20 (21).

<sup>4</sup> Vgl. z.B. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht. Das Recht der Europäischen Union, 2007, Rn. 1339 ff.

<sup>5</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Auf dem Weg zu einer Binnenmarktakte – Für eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft. 50 Vorschläge, um gemeinsam besser zu arbeiten, zu unternehmen und Handel zu treiben, KOM(2010) 608 endg. vom 27.10.2010.

<sup>6</sup> Produktsicherheits- und Marktüberwachungspaket: Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: mehr Produktsicherheit und bessere Marktüberwachung im Binnenmarkt für Produkte, KOM(2013) 74 endg. vom 13. 2. 2013.

<sup>7</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. 2006 L 376, 36.

<sup>8</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den



Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Auf dem Weg zu einem besser funktionierenden Binnenmarkt für Dienstleistungen – Nutzung der Ergebnisse des Verfahrens der gegenseitigen Evaluierung im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie, KOM(2011) 20 endg. vom 27.1.2011.

- <sup>9</sup> Vgl. *Streinz*, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt, 1997, S. 9 (17).
- <sup>10</sup> Siehe nachstehend C.I.
- <sup>11</sup> Vgl. z.B. *Remien*, Rechtsangleichung im Binnenmarkt, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht. Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2010, S. 537 (540).
- <sup>12</sup> Z.B. *Kahl*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, Loseblattausgabe, Art. 114 AEUV Rn. 14, m.w.N.
- <sup>13</sup> EuGH, Rs. 193/80, *Kommission/Italien*, Slg. 1981, 3019, Rn. 17.
- <sup>14</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-436/03, *Parlament/Rat*, Slg. 2006, I-3733, Rn. 35 ff.
- <sup>15</sup> Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. 10. 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L 2001 294, 1.
- <sup>16</sup> Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. 7. 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), ABl. 2003 L 207, 1.
- <sup>17</sup> Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. 2. 2009 über die Gemeinschaftsmarke (kodifizierte Fassung), ABl. 2009 L 78, 1.
- <sup>18</sup> Verordnung (EG) Nr. 6/2002 des Rates vom 12. 12. 2001 über das Gemeinschaftsgeschmacksmuster, ABl. 2002 L 3, 1.
- <sup>19</sup> Verordnung (EG) Nr. 2100/94 des Rates vom 27. 7. 1994 über den gemeinschaftlichen Sortenschutz, ABl. 1994 L 227, 1, i.d.F. ABl. 2008 L 8, 2.
- <sup>20</sup> *Remien* (Fn. 11), 559.
- <sup>21</sup> *Kahl* (Fn. 12), Art. 114 AEUV Rn. 15.
- <sup>22</sup> Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-573/12, *Alands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, Rn. 57 m.w.N.
- <sup>23</sup> *Herrnfeld*, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 114 AEUV Rn. 58.
- <sup>24</sup> Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, ABl. 2005 L 149, 22.
- <sup>25</sup> Z.B. EuGH, Rs. C-304/08, *Plus Warenhandels-gesellschaft*, Slg. 2010, I-217, Rn. 41; Rs. C-421/12, *Kommission/Belgien*, EU:C:2014:2064, Rn. 55.
- <sup>26</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995 L 281, 31.
- <sup>27</sup> EuGH, Rs. C-101/01, *Lindqvist*, Slg. 2003, I-12971, Rn. 96.
- <sup>28</sup> Siehe nachstehend D.I.1.
- <sup>29</sup> Siehe nachstehend D.I.6.
- <sup>30</sup> Richtlinie 2001/113 des Rates vom 20. 12. 2001 über Konfitüren, Gelees, Marmeladen und Maronenkrem für die menschliche Ernährung, ABl. 2002 L 10, 67, i.d.F. ABl. 2013 L 287, 1.

- <sup>31</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. vom 11.10.2011. Vgl. z.B. *Ludwigs*, Verwirklichung des Binnenmarkts durch ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“, *EuZW* 2012, 608 m.w.N; *Pisulinski*, Die Entwicklung des europäischen Zivilrechts. Gedanken namentlich zum Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, *GPR* 2013, 254.
- <sup>32</sup> Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, *ABl.* 2001 L 82, 16.
- <sup>33</sup> EuGH, Rs. C-328/13, *Österreichischer Gewerkschaftsbund/Wirtschaftskammer Österreich*, EU:C:2014:2197, Rn. 22.
- <sup>34</sup> Siehe vorstehend C.II.
- <sup>35</sup> So auch *Streinz* (Fn. 9), 25 f. Siehe nachstehend D.
- <sup>36</sup> Z.B. *Wagner*, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 161 ff.
- <sup>37</sup> Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, *ABl.* 2005 L 255, 22.
- <sup>38</sup> Z.B. *Obwexer/Happacher*, Diplomanerkennung in der EU. Berufliche und akademische Anerkennung von Qualifikationen im Binnenmarkt, *ZÖR* 2001, 465.
- <sup>39</sup> Zuletzt EuGH, Rs. C-365/13, *Ordre des architectes*, EU:C:2014:280, Rn. 20 u. 24.
- <sup>40</sup> Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.3.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Etikettierung und Aufmachung von Lebensmitteln sowie die Werbung hierfür, *ABl.* 2000 L 109, 29, i.d.F. *ABl.* 2013 L 158, 234.
- <sup>41</sup> Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, *ABl.* 2006 L 376, 36.
- <sup>42</sup> Richtlinie 2001/110/EG des Rates vom 20.12.2001 über Honig, *ABl.* 2001 L 10, 47, i.d.F. *ABl.* 2014 L 164, 1.
- <sup>43</sup> Richtlinie 2000/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.6.2000 über Kakao- und Schokoladeerzeugnisse für die menschliche Ernährung, *ABl.* 2000 L 197, 19, i.d.F. *ABl.* 2013 L 287, 1.
- <sup>44</sup> Z.B. Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. 11. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), *ABl.* 1992 L 360, 1, i.d.F. *ABl.* 2003 L 35, 1.
- <sup>45</sup> Z.B. *Streinz* (Fn. 9), S. 10.
- <sup>46</sup> KOM(85) 310 endg. vom 14.6.1985.
- <sup>47</sup> Siehe nachstehend D.III.
- <sup>48</sup> Z.B. *Riehm*, 25 Jahre Produkthaftungsrichtlinie – Ein Lehrstück zur Vollharmonisierung, *EuZW* 2010, 567; *Stürner*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht – Methode, Implikationen und Durchführung, *GPR* 2013, 271.
- <sup>49</sup> Vgl. z.B. *Fleischer/Schmolke*, Die Reform der Transparenzrichtlinie: Mindest- oder

Vollharmonisierung der kapitalmarktrechtlichen Beteiligungspublizität?, NGZ 2010, 1241; *Paschke/Husmann*, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts – Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmonisierung, GPR 2010, 262.

- <sup>50</sup> Z.B. *Frenz/Ehlenz*, Rechtsangleichung über Art. 14 AEUV und Grenzen gem. Art. 5 EUV nach Lissabon, EuZW 2011, 623.
- <sup>51</sup> EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, EU:C:2014:18, Rn. 100.
- <sup>52</sup> EuGH, Rs. C-217/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-3771, Rn. 43.
- <sup>53</sup> Siehe nachstehend D.II.2.
- <sup>54</sup> EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone u.a.*, Slg. 2010, I-4999, Rn. 42.
- <sup>55</sup> EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, EU:C:2014:18, Rn. 105.
- <sup>56</sup> EuGH, Rs. C-270/12, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, EU:C:2014:18, Rn. 106.
- <sup>57</sup> EuGH, Rs. C-271/04, *Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat*, Slg. 2006, I-3771, Rn. 42.
- <sup>58</sup> Z.B. *Herrnfeld* (Fn. 23), Art. 114 AEUV Rn. 87 ff.
- <sup>59</sup> Z.B. *Fischer*, in: Lenz/Borchardt, EU-Verträge. Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 115 AEUV Rn. 2.
- <sup>60</sup> Z.B. *Lampert*, Perspektiven der Rechtsangleichung auf dem Gebiet der direkten Steuern in der Europäischen Union, EuZW 2013, 493.
- <sup>61</sup> Z.B. Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80, 29. Vgl. EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2.
- <sup>62</sup> Z.B. Richtlinie 2005/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204, 23. Vgl. zuletzt EuGH, Rs. C- 363/12, Z., EU:C:2014:159.
- <sup>63</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-525/12, *Kommission/Deutschland*, EU:C:2014:2202, Rn. 50.
- <sup>64</sup> Siehe vorstehend C.I.
- <sup>65</sup> EuGH, Rs. C-508/10, *Kommission/Niederlande*, EU:C:2012:243 Rn. 75.
- <sup>66</sup> EuGH, Rs. 15/83, *Denkavit Nederland*, Slg. 1984, 2171, Rn. 15.
- <sup>67</sup> EuGH, Rs. C-51/93, *Schott Zwiesel Glaswerke*, Slg. 1994, I-3879, Rn. 11.
- <sup>68</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 u. C-93/09, *Schecke und Eifert*, Slg. 2010, I-11063, Rn. 45 f.
- <sup>69</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12, *Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.*, EU:C:2014:238, Rn. 47.
- <sup>70</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 u. C-594/12, *Digital Rights Ireland und Seitlinger u.a.*, EU:C:2014:238, Rn. 52.
- <sup>71</sup> So *Remien* (Fn. 11), 560.
- <sup>72</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für

Verbrauchsgüter, ABl. 1999 L 171, 12.

<sup>73</sup> Siehe nachstehend D.III.

<sup>74</sup> EuGH, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, Rn. 21; siehe auch z.B. EuGH, Rs. C-176/12, *Association de médiation sociale*, EU:C:2014:2, Rn. 42.

<sup>75</sup> EuGH, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 68.

<sup>76</sup> EuGH, verb. Rs. C-411/10 u. C-493/10, *N.S. u.a.*, EU:C:2011:865, Rn. 66 f.

<sup>77</sup> EuGH, Rs. C-390/12, *Pfleger*, EU:C:2014:281, Rn. 35; aufbauend auf EuGH, Rs. C-260/89, *ERT*, EU:C:1991:254, Rn. 43.

<sup>78</sup> Zur jüngsten Rechtsprechung betreffend die Spürbarkeit von Beschränkungen vgl. EuGH, Rs. C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*, EU:C:2013:799, Rn. 34, wonach „die Artikel des Vertrags über den freien Warenverkehr, die Freizügigkeit sowie den freien Dienstleistungs- und Kapitalverkehr grundlegende Bestimmungen für die Union dar(stellen), und jede Beeinträchtigung dieser Freiheit, mag sie auch unbedeutend sein, (...) verboten ist“.

<sup>79</sup> Siehe nachstehend D.IV.

<sup>80</sup> EuGH, Rs. C-11/92, *Gallagher*, Slg. 1993, I-3545, Rn. 16 u. 22 f. Beispiel aus *Remien* (Fn. 11), 560.

<sup>81</sup> ABl. 2005 L 255, 22, i.d.F. ABl. 2009 L 93, 11.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-16/99, *Erpelding*, Slg. 2000, I-6821, Rn. 23; vgl. Erwgr. 19 u. Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 Richtlinie 2005/36/EG.

<sup>83</sup> EuGH, Rs. C-365/13, *Ordre des architectes*, EU:C:2014:280, Rn. 20 u. 24.

<sup>84</sup> Siehe nachstehend G.

<sup>85</sup> Z.B. *Schweitzer/Hummer/Obwexer* (Fn. 4), Rn. 1306 ff.

<sup>86</sup> Z.B. EuGH, verb. Rs. C-570/07 u. C-571/07, *Blanco Pérez und Chao Gómez*, Slg. 2010, I-4629, Rn. 40.

<sup>87</sup> EuGH, verb. Rs. C-159/12 bis C-161/12, *Venturini u.a.*, EU:C:2013:791, Rn. 25.

<sup>88</sup> EuGH, verb. Rs. C-159/12 bis C-161/12, *Venturini u.a.*, EU:C:2013:791, Rn. 25.

<sup>89</sup> EuGH, Rs. C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, EU:C:2014:68, Rn. 11.

<sup>90</sup> EuGH, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097, Rn. 15; unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. 120/78, *Rewe Zentral („Cassis de Dijon“)*, Slg. 1979, 649, Rn. 8.

<sup>91</sup> Zuletzt EuGH, Rs. C-91/13, *Essent Energie*, EU:C:2014:2206, Rn. 48.

<sup>92</sup> EuGH, Rs. C-96/08, *CIBA*, Slg. 2010, I-2911, Rn. 48.

<sup>93</sup> EuGH, Rs. C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*, EU:C:2013:799, Rn. 43.

<sup>94</sup> EuGH, Rs. C-514/12, *Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken*, EU:C:2013:799, Rn. 42.

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-390/12, *Pfleger u.a.*, EU:C:2014:281, Rn. 44.

<sup>96</sup> Z.B. EuGH, Rs. C-176/11, *HIT und HIT LARIX*, EU:C:2012:454, Rn. 25.

<sup>97</sup> Siehe vorstehend E.IV.

<sup>98</sup> Siehe vorstehend E.

<sup>99</sup> Siehe vorstehend C.I.

<sup>100</sup> Siehe vorstehend C.II.

<sup>101</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-573/12, *Alands Vindkraft*, EU:C:2014:2037, Rn. 59 u. 64.

<sup>102</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-169/14, *Sánchez Morcillo u.a.*, EU:C:2014:2099, Rn. 35.

<sup>103</sup> Z.B. *Herrnfeld* (Fn. 23), Art. 114 AEUV Rn. 59.

<sup>104</sup> Siehe vorstehend D.II.

<sup>105</sup> Siehe vorstehend C.I.

<sup>106</sup> Siehe vorstehend D.II.1. u. 2.

<sup>107</sup> Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2011 L 304, 64. Vgl. z.B. Artz, Die „vollständige Harmonisierung“ des Europäischen Verbraucherprivatrechts, GPR 2009, 171; Schwab/Gieseemann, Die Verbraucherrechte-Richtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012, 253.

## Zusammenfassung der ersten Diskussion zum Symposium – Grenzen europäischer Normgebung

Prof. Dr. **Doris König** (Bucerius Law School) leitete die Diskussion im Anschluss an die ersten drei Vorträge des Symposiums mit dem Hinweis ein, dass der Vertrag von Lissabon an mehreren Stellen das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu betonen versuche. Kompetenzen, die nicht ausdrücklich der Union übertragen wären, würden entsprechend bei den Mitgliedstaaten verbleiben. Man habe versucht, verschiedene Bremsen einzuziehen, um eine schleichende Kompetenzerweiterung zu verhindern. An die Referenten gewandt schloss sie die Frage an, ob dies gerade bei Art. 114 AEUV in Ansehung der EuGH-Rechtsprechung gelungen sei.

Gerade im ersten Tabakwerbeurteil<sup>1</sup> erkannte Prof. Dr. **Christian Calliess** (Freie Universität Berlin) eine gewisse Sensibilisierung des EuGH in dieser Hinsicht. In seiner Entscheidung habe der EuGH das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ernst genommen und Kriterien aufgestellt, die die Norm konkretisierten. Allerdings zeige der EuGH im Anschluss an dieses Urteil eine eher enttäuschende Folgerechtsprechung: Er habe nicht an seine früheren Vorgaben und die Anwendungsvoraussetzungen, insbesondere das Spürbarkeitskriterium, des ersten Tabakwerbeurteils angeknüpft und diese nicht weiter entfaltet. Hinzu käme, dass die Kommission verstärkt auf Art. 114 AEUV zurückgreife, weil der Binnenmarkt gerade in der Krise erhöhte Bedeutung erlangt habe. Durch Anschieben des Binnenmarktes versuche die Kommission wirtschaftliche Impulse zu setzen. Dadurch erhalte der Binnenmarkt einen symbolischen Gehalt und werde als Argument bei der Rechtsvereinheitlichung wieder sakrosankt, obwohl die binnenmarktbezogene Harmonisierungskompetenz aufgrund der Spezialkompetenzen eigentlich gar nicht mehr derart erforderlich sei.

Dem Ansatz von Calliess stimmte Prof. Dr. **Walter Obwexer** (Universität Innsbruck) zu. Der Binnenmarkt sei eines der zentralen Elemente, um Wirtschaftswachstum zu generieren. Dies sei auch an der



Wachstumsstrategie der EU „Europa 2020“ ersichtlich. Der Vertrag von Lissabon habe eine ganze Reihe neuer Elemente eingefügt, um das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung zu stärken und eine Kompetenzausweitung durch die Union einzugrenzen. Über die Auslegung dieser Neuerungen richte aber letztlich der EuGH. Diesen schienen die Neuerungen des Vertrages in seiner Rechtsprechung allerdings nicht bewegt zu haben, denn er führe seine bisherige Rechtsprechung unverändert fort. So habe er zuletzt in seinem Urteil zu den Wertpapier-Leerverkäufen<sup>2</sup> Kernaussagen seiner bisherigen Rechtsprechung wiederholt. Er habe dem Unions-Gesetzgeber ein weites Ermessen im Hinblick auf die Angleichungstechnik attestiert und ihn als berechtigt angesehen, die Beste daraus wählen zu dürfen. Schon dies stehe so nicht in Art. 114 AEUV. Ferner müssten sich nach dem Urteil des EuGH die Maßnahmen, die der europäische Gesetzgeber auf Art. 114 AEUV gestützt erlasse, nicht ausschließlich an die Mitgliedstaaten richten. Dabei ginge es in Art. 114 AEUV gerade um die Angleichung der Vorschriften der Mitgliedstaaten. Die Union dürfe dem EuGH zufolge sogar Agenturen auf Grundlage dieser Begründung schaffen, wenn dies für die Angleichung erforderlich sei. Neuerungen seit Lissabon habe der EuGH daher nicht in seine Rechtsprechung übernommen.

In Anknüpfung an den Vortrag von *Nettesheim* zum Subsidiaritätsprinzip betonte Prof. Dr. **Doris König**, dass in Deutschland die Vorstellung vorherrsche, dass das Subsidiaritätsprinzip ein klares Rechtsprinzip sei, das der EuGH nur einmal mit Nachdruck anwenden müsse.

Prof. Dr. **Martin Nettesheim** (Universität Tübingen) entgegnete darauf, dass der EuGH in dieser Frage im Moment laviere und sich eine klare Festlegung nicht abzuzeichnen scheine. Der EuGH behandle die materiellen Schranken des Subsidiaritätsprinzips eher formelartig. Diese Rechtsprechung erscheine zwar nicht konsistent, aber mit diesem Vorwurf scheine der EuGH gut leben zu können. Noch auf die Diskussion um Art. 114 AEUV gerichtet merkte *Nettesheim* an, dass es eher bedauerlich wäre, wenn auf die Binnenmarktkompetenz verzichtet würde. Dem Art. 114 AEUV wohne ein liberaler Impetus inne. Im Vergleich zu den USA zeige sich, dass trotz der dort inzwischen geschaffenen Bundeskompetenzen niemand an die Abschaffung der *Interstate Commerce Clause*<sup>3</sup> denke.



**Calliess** hielt dem entgegen, dass die Situation in Europa mit derjenigen in den USA gerade nicht vergleichbar sei, weil dort inzwischen weniger Bundeskompetenzen vorhanden seien als auf der Ebene der EU. In Europa habe das Äquivalent der *Interstate Commerce Clause* zwar einmal seine Berechtigung gehabt, dieser bedürfe es heutzutage aber nicht mehr.

Auch Prof. Dr. **Wernhard Möschel** (Universität Tübingen) warf einen kritischen Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 114 AEUV. Der EuGH habe die Maßstäbe seines ersten Tabakwerbeurteils im zweiten Tabakwerbeurteil<sup>4</sup> wieder kassiert und so *de facto* die Kompetenzbegründung auf Art. 114 AEUV akzeptiert. Ein Beispiel aktueller Art seien die Bemühungen des Europäischen Parlaments und des Umweltausschusses, eine Richtlinie zu ändern, die Kunststofftüten aus leichtem Kunststoff betreffe.<sup>5</sup> Diese trügen nicht unerheblich zur Verschmutzung der Meere bei. Der Richtlinie zufolge solle jeder Mitgliedstaat nach Wahl Verbot, Auflagen oder ähnliche Maßnahmen erlassen, um diese Verschmutzung einzudämmen. Es spreche einiges dafür, dass diese umweltpolitisch motivierte Initiative sinnvoll sei. Allerdings sei Art. 114 AEUV, auf den sich der Richtlinienvorschlag stütze, als Rechtsgrundlage offensichtlich ungeeignet. Es könne keine Harmonisierung des Binnenmarktes mit Maßnahmen betrieben werden, die den Mitgliedstaaten völlig offen stünden. Außerdem trügen solche Maßnahmen auch nichts zur Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes bei. Eine solche Kompetenzbegründung sei eine Kompetenzerschleichung.

Dr. **Dirk Uwer** (Hengeler Mueller) griff im Anschluss noch einmal die These von *Nettesheim* auf und hinterfragte, ob Art. 114 AEUV tatsächlich ein liberaler Impetus innewohne. Das dürften viele Wirtschaftsteilnehmer anders sehen. Auch dass die Kommission in der praktischen Ausübung der Binnenmarktkompetenz besonders liberal sei, könne man durchaus anders sehen. Ferner dürfte die Verlagerung des Subsidiaritätsprinzips in den politischen Raum prognostische Unsicherheiten ganz ungeahnten Ausmaßes bergen.

Unter Bezugnahme auf *Alexy*<sup>6</sup> wandte sich Prof. Dr. **Viola Schmid** (TU Darmstadt) an *Nettesheim* mit der Frage, was die Wendung Subsidiaritätsmechanismus bedeuten solle, wenn doch der Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 EUV vom Subsidiaritätsprinzip spreche. An *Calliess* richtete

sie die Frage, ob Art. 114 AEUV nicht als Kompetenzgrundlage für wettbewerbseinschränkende Harmonisierungsmaßnahmen herangezogen werden könne und also vor wettbewerbseinschränkenden Maßnahmen schütze. Wenn dem so wäre, wie könne der EuGH dann die Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie<sup>7</sup> auf die Vorläufervorschrift des Art. 114 AEUV (Art. 95 EUV) stützen,<sup>8</sup> wenn diese Vorgaben nach den Vorträgen der Provider zu gravierenden Investitionen in Datenorganisations-Managementmaßnahmen führten?

**Nettesheim** entgegnete auf die Frage, es gehe nicht alternativ darum, Rechtsschutz zuzulassen oder in Gänze darauf zu verzichten, sondern um die Möglichkeit, auch auf den in der Praxis bestehenden politischen Prozess einzuwirken. In Ansehung der Rechtsprechung des EuGH könne es sogar ergiebiger sein, den politischen Prozess aufzugreifen, statt sich auf eine ex-post Rechtskontrolle zu verlagern.

**Calliess** betonte, Art. 5 Abs. 3 EUV habe eine “Wenn-dann”-Struktur. Das Subsidiaritätsprinzip sei justiziables Recht, weshalb man sich nicht nur auf die politisch-prozedurale Dimension konzentrieren sollte. Dies sei *eine* Dimension, aber die rechtliche Dimension sei wichtiger, wie etwa mit der Subsidiaritätsklage der nationalen Parlamente<sup>9</sup> unterstrichen werde. Mit Bezug auf die Frage, ob über Art. 114 AEUV Verbote europäisiert werden könnten, führte Professor **Calliess** aus, dass Verbote keine Rechtsangleichung zur Förderung des Binnenmarktes darstellten. Es sei auch nicht möglich, auf Grundlage des Art. 114 AEUV parallele Rechtsordnungen einzuführen, wie etwa beim europäischen Kaufrecht. Dazu bedürfe es einer einheitlichen Regelung, die den Binnenmarkt fördere. Eine Förderung des Binnenmarktes könnten Verbote nicht leisten. Ob im Einzelfall etwa bei der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie eine regulatorische Beschränkung oder ein Verbot vorliege, müsse im Einzelfall geprüft werden.

Dr. **Georg Seyfarth** (Hengeler Mueller) wies darauf hin, es sei eine rechtsstaatliche Errungenschaft, dass politische Akteure, die Macht ausüben, durch Rechtsprinzipien und Normen eingeschränkt würden. Was bliebe aber an rechtlicher Substanz des Subsidiaritätsprinzips, wenn dieses nur Gegenstand politischer Verantwortung sei? Sicherlich werde das Rügeverfahren ähnlich wie beim Bund-Länderstreit oder bei Organklagen

politisch genutzt. Der politische Hintergrund solcher Verfahren ändere aber nichts daran, dass es sich um Rechtsverfahren handle. Wenn Normen politischen Rechts und rechtlichen Rechts nebeneinander stünden, was bliebe dann noch von der Vorhersehbarkeit des Rechts?

**Nettesheim** entgegnete, dass die Normativität des AEUV nicht verspielt werden dürfe. Das Subsidiaritätsprinzip sei rechtlich nicht belanglos. Es gebe aber auf der einen Seite das harte Recht und auf der anderen Seite die Politik. Man könne darüber streiten, ob diese Kategorien sinnvoll seien. Aber man könne jedenfalls in Luxemburg eine Praxis beobachten, die mit dem, was die Rechtswissenschaft zu Art. 5 Abs. 3 EUV hervorgebracht hat, nichts zu tun habe. Das heiße nicht, dass sich der EuGH zurückziehen werde. Das solle auch normativ nicht so sein. Aufgabe der Wissenschaft sei es aber, Kategorien zu finden, die das tatsächliche Geschehen abbildeten.

Dr. **Anna Mrozek** (Universität Leipzig) warf die Frage auf, ob sich die Konzepte des Subsidiaritätsprinzips und der Rechtsvereinheitlichung auf Grundlage des Art. 114 AEUV bei Maßnahmen, die jedenfalls nicht allein der Harmonisierung dienten, nicht ohnehin widersprüchen. Müsse es deshalb nicht konkretere Kompetenzen geben? Dies würde auch den Subsidiaritätsgrundsatz stärken.

**Calliess** knüpfte daran mit dem Hinweis an, dass es auf europäischer Ebene durchaus widersprüchliche Tendenzen gebe. So würden immer wieder Harmonisierungsbedürfnisse an die EU herangetragen werden. Dabei gäbe es auch Vollzugsdefizite, insbesondere Umsetzungsdefizite. Dadurch werde die Kommission motiviert, im Wege der Verordnungen tätig zu werden. In anderen Fällen werde der europäischen Regulierung hingegen widersprochen. Wenn die Mitgliedstaaten ehrlich wären, würden sie Art. 114 AEUV streichen. Wenn man die Vorschrift aber nicht streiche, müssten deren Prinzipien wenigstens konkretisiert und konsequent angewandt werden.

Prof. Dr. **Walter Obwexer** ergänzte, dass das Subsidiaritätsprinzip schon ein Prinzip sei. Allerdings kontrolliere der EuGH nur das Überschreiten der Grenzen dieses Prinzips. Die Tendenz in der EuGH-Rechtsprechung gehe deshalb gegen die Judizierung des Subsidiaritätsprinzips. Im Übrigen sei es unter gewissen eingeschränkten Voraussetzungen auch möglich,

Verbote auf Art. 114 AEUV zu stützen. Das habe der EuGH etwa beim Verbot von Leerverkäufen erlaubt.

Dr. **Frederic Geber** (Universität Saarbrücken) kam auf die These von *Calliess* zurück, dass auch bei vertikalen Kompetenzkonflikten, also solchen zwischen der EU und den Mitgliedstaaten, bei der Frage, ob eine Maßnahme auf Art. 114 AEUV oder eine Spezialkompetenz zu stützen wäre, nach dem Schwerpunkt einer Maßnahme geurteilt werden sollte. Wie verhielte sich das Schwerpunktkriterium bei vertikalen Kompetenzkonflikten zu den in Art. 114 Abs. 3 AEUV in Bezug genommenen Zielbestimmungen, wie dem hohen Verbraucherschutz?

*Calliess* merkte dazu an, dass Art. 114 AEUV zwar die Berücksichtigung anderer Politikbereiche zulasse. Dennoch helfe das Schwerpunktkriterium weiter, wenn es sich nicht um einen zieldiffusen Akt handele. In einem solchen Fall sei zu gewährleisten, dass diese Maßnahme die Voraussetzungen der speziellen Kompetenzgrundlage (Umwelt-, Verbraucher-, Gesundheitsschutz) erfülle.

**Möschel** wies darauf hin, dass die Bewertung vieler Regelungen des AEUV entscheidend vom Vorverständnis der Beteiligten beeinflusst sei. Der Vertrag enthalte viele Formelkompromisse, bei denen keiner der Beteiligten genau gewusst habe, was aus den Formulierungen alles abgeleitet werden könnte. Nur müsse man unterscheiden zwischen dem Prinzip der limitierten Einzelermächtigung und dem Subsidiaritätsprinzip. Ersteres sei ein klares Prinzip. Die Mitgliedstaaten seien Herren der Verträge. Anders sei es hingegen beim Subsidiaritätsprinzip. Dabei handele es sich um einen extrem unbestimmten Rechtsbegriff. Hier hänge es vom Vorverständnis ab, ob man dieses Prinzip mit Leben fülle. Es sei keine unfaire Beschreibung des gegenwärtigen praktischen Rechtszustandes zu sagen, dass die begrenzende Wirkung des Subsidiaritätsprinzips in der Praxis fast keine Rolle spiele.

**Till Olbrich** (Philip Morris International) sprach sich aus Unternehmenssicht dafür aus, dass die Stoßrichtung des Art. 114 AEUV, Handelshemmnisse zu beseitigen und Wettbewerbsverzerrungen aufzuheben, im Grundsatz zu begrüßen sei. Die dazu im ersten Tabakwerbeurteil entwickelten Maßstäbe seien gut und konkret, und wenn sie konsequent angewandt würden, wäre auch eine Streichung des Art. 114

AEUV nicht erforderlich. Allerdings wende der EuGH diese Maßstäbe nicht konsequent an, sondern ließe die Kommission mit formelhaften Begründungen gewähren. Mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip merkte er an, dass dieses leer laufe, wenn der EuGH den europäischen Gesetzgeber zur Begründung der Erforderlichkeit europäischen Handelns mit dem Hinweis gewähren lasse, die Mitgliedstaaten könnten eine Angleichung von Rechtsvorschriften selbst nicht leisten.<sup>10</sup> Natürlich sei den einzelnen Mitgliedstaaten eine solche Harmonisierung nicht möglich. Mit dieser Begründung wären die Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips stets erfüllt.

Prof. Dr. **Christoph Herrmann** (Universität Passau) hob hervor, dass es nicht die Kommission sei, die das Recht setze, sondern die Mitgliedstaaten mit qualifizierter Mehrheit im Rat und das Europäische Parlament. Es seien immer nur einzelne Mitgliedstaaten, die am konkreten Gebrauch des Art. 114 AEUV etwas auszusetzen hätten. So etwa Großbritannien im Fall ESMA<sup>11</sup> oder Deutschland bezüglich des Tabakwerbeverbots.<sup>12</sup> Meistens seien nicht kompetenzielle Gründe Anlass der Klage, sondern das Unterliegen in der Gremienabstimmung. Ein aktuelles Beispiel sei das Abstimmungsverhalten der Bundesregierung beim Single Resolution Mechanism.<sup>13</sup> Eine jahrzehntelange von den Mitgliedstaaten mit ihrer qualifizierten Mehrheit getragene Organpraxis füllte die Regelung des Art. 114 AEUV aus. Es sei deshalb eine irrealer Vorstellung, dass Art. 114 AEUV oder das Subsidiaritätsprinzip kein politisches Recht seien.

**Calliess** wies darauf hin, dass ein politischer Ansatz in der Interpretation des Subsidiaritätsprinzips in den Verträgen gerade nicht angelegt sei. Im Gegenteil: Mit der Subsidiaritätsklage hätten die Mitgliedstaaten ein klares Bekenntnis dafür abgegeben, dass das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip vor dem EuGH eingeklagt werden können müsse. Das sei natürlich ein Prozess, in dem sich der EuGH entwickeln müsse. Auch wäre zu berücksichtigen, dass der EuGH die Kommission lange als Motor der Integration angesehen und eine weite Auslegung der Zuständigkeiten in Zeiten vorgenommen habe, in denen die europäische Wirtschaftsgemeinschaft nur über beschränkte Zuständigkeiten verfügte. Das habe lange Zeit die Rechtsprechung des EuGH geprägt. Seit Maastricht seien diese Zeiten zwar vorbei. Der Lernprozess des EuGH sei aber durch die Erweiterung der EU und die Herausforderung, in 28

Mitgliedstaaten für eine einheitliche Rechtsdurchsetzung zu sorgen, erschwert.

Mit Blick auf die Binnenmarktangleichung und das Subsidiaritätsprinzip führte *Calliess* ferner aus, dass das Argument, nur die EU könne eine Rechtsangleichung herbeiführen, nicht bestehen bleiben dürfe. Man müsse vielmehr begründen, warum das Negativkriterium erfüllt sei. Der Binnenmarkt sei keine ausschließliche Zuständigkeit, da sonst auch die Harmonisierungskompetenz obsolet wäre. Er habe deshalb die Hoffnung, dass der EuGH das Harmonisierungsargument nicht mehr sozusagen als “Totschlagsargument” benutze, sondern das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip ernst nehme. Beim EuGH seien allerdings unterschiedliche Rechtskulturen vertreten. Es gebe Richter aus föderalen und zentralisierten Staaten und Rechtskulturen, die nicht so stark zur Verrechtlichung von konstitutionellen Fragen neigten wie die deutsche Rechtskultur. Die Frage von Subsidiarität und Bürgernähe sei aber auf der Agenda der EU-Institutionen und wirke auf diese ein. Es sei deshalb auch eine Aufgabe der Mitgliedstaaten und der Öffentlichkeit, die Einhaltung der Kompetenzordnung immer wieder anzumahnen.

---

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000, Rechtssache C-376/98 – *Tabakwerbeverbot I*.

<sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Rs. C-270/12 – *ESMA*, zu einer auf Art. 114 AEU gestützten Verordnung, die der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) die Befugnis verleiht, in dringlichen Fällen in die Finanzmärkte der Mitgliedstaaten einzugreifen und etwa Leerverkäufe zeitweise einzuschränken.

<sup>3</sup> Artikel 1, § 8 Abs. 3 der Verfassung der Vereinigten Staaten verleiht dem US-Kongress die Kompetenzen “To regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.” Die zweite Variante dieser Kompetenzvorschrift wird als *Interstate Commerce Clause* bezeichnet.

<sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 12. November 2006, Rs. C-380/03 – *Tabakwerbeverbot II*.

<sup>5</sup> Siehe Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 94/62/EG über Verpackungen und Verpackungsabfälle im Hinblick auf eine Verringerung der Verwendung von Kunststofftüten, vom 4. November 2013, COM(2013) 761 final.

<sup>6</sup> Nach Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Robert Alexy* (Universität Kiel) sind Prinzipien Normen, die gebieten, dass etwas in Abhängigkeit zu den rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten in möglichst hohem Maße realisiert wird. Prinzipien sind danach Optimierungsgebote. Vgl. etwa *Robert Alexy*, “Zum Begriff des

Rechtsprinzips”, in: Rechtstheorie Beiheft 1 (1979), S. 59 (79).

- <sup>7</sup> Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl. L 105/54 vom 13.4.2006.
- <sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 10. Februar 2009, Rs. C-301/06 – *Irland gegen das Europäische Parlament und den Rat der Europäischen Union*. Die Entscheidung des EuGH in diesem Verfahren betraf lediglich die kompetenzielle Rechtmäßigkeit der Richtlinie. Vgl. zu den materiell-rechtlichen Aspekten der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie nunmehr das Nichtigkeitsurteil: EuGH, Urteil vom 8. April 2014, Verb. Rs. C-293/12 und 594/12 – *Digital Rights Ireland*.
- <sup>9</sup> Siehe Art. 8 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit vom 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306 S. 150).
- <sup>10</sup> Vgl. beispielsweise Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2009/12/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2009 über Flughafenentgelte: “Da das Ziel dieser Richtlinie, nämlich gemeinsame Grundsätze für die Erhebung von Flughafenentgelten auf Flughäfen der Gemeinschaft festzulegen, auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend verwirklicht werden kann, weil Flughafenentgeltregelungen auf nationaler Ebene nicht gemeinschaftsweit einheitlich aufgestellt werden können, und daher wegen seines Umfangs und seiner Wirkungen besser auf Gemeinschaftsebene zu verwirklichen ist, kann die Gemeinschaft im Einklang mit dem in Artikel 5 des Vertrags niedergelegten Subsidiaritätsprinzip tätig werden.” Dazu das Urteil des EuGH vom 12. Mai 2011, Rs. C-176/09, Rn. 73 ff. – *Luxemburg ./.* *Parlament und Rat*.
- <sup>11</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 22. Januar 2014, Rs. C-270/12 – *ESMA*, zu einer auf Art. 114 AEU gestützten Verordnung, die der Europäischen Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde (ESMA) die Befugnis verlieh, in dringlichen Fällen in die Finanzmärkte der Mitgliedstaaten einzugreifen und etwa Leerverkäufe zeitweise einzuschränken.
- <sup>12</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 5. Oktober 2000, Rechtssache C-376/98 – *Tabakwerbeverbot I*; Urteil vom 12. November 2006, Rs. C-380/03 – *Tabakwerbeverbot II*.
- <sup>13</sup> Siehe Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung einheitlicher Vorschriften und eines einheitlichen Verfahrens für die Abwicklung von Kreditinstituten und bestimmten Wertpapierfirmen im Rahmen eines einheitlichen Abwicklungsmechanismus und eines einheitlichen Bankenabwicklungsfonds sowie zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1093/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juli 2013, COM(2013) 520 final.



# Die grundrechtliche Prüfungsdichte des EuGH seit dem Vertrag von Lissabon – entwickelt sich die bisherige Vertretbarkeitskontrolle zu einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung?

PROF. DR. WERNER SCHROEDER, LL.M. (BERKELEY)

Dieser Beitrag<sup>\*</sup> befasst sich mit der Frage, wie es um den Grundrechtsstandard der Union, d.h. die Qualität des unionalen Grundrechtsschutzes bestellt ist, nachdem die Grundrechtecharta (GRCh) seit mittlerweile bereits über vier Jahren zum Bestandteil des Primärrechts der Union gehört.<sup>1</sup> Dabei geht es vor allem darum, wie der Gerichtshof die Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen durch Rechtsakte der Union beurteilt.

## A. Grundrechtsdefizite

### *I. Die prätorische Grundrechtsgarantie*

Bei der Formulierung der Gemeinschaftsverträge wurde bekanntlich auf einen geschriebenen Katalog von Grundrechten für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), der Rechtsvorgängerin der heutigen Union, verzichtet. Ursprünglich wurden die Verträge als normale völkerrechtliche Abkommen betrachtet, die in jedem Mitgliedstaat anhand der nationalen Verfassung(sgrundrechte) überprüft werden können. Nachdem aber der EuGH 1964 klarstellte, dass das Unionsrecht Vorrang vor nationalem Recht besitzt,<sup>2</sup> hatten nationale Grundrechte als Maßstab für die Beurteilung des Unionsrechts ausgedient. Damit kein Grundrechtsvakuum entstand, wurden eigene europäische Grundrechte benötigt, die der Gerichtshof bald darauf mit dem Urteil *Stauder* auch anerkannte.<sup>3</sup>

Die richterliche Herausbildung der Grundrechte in der Union war

bekanntlich nicht konfliktfrei. Vor allem das deutsche Verfassungsgericht betrachtete den europäischen Grundrechtsschutz ursprünglich als unzureichend.<sup>4</sup> Es bescheinigte jedoch der Union dann in seiner berühmten Solange II-Entscheidung einen (grundsätzlich) wirksamen Schutz der Grundrechte, nachdem der EuGH in den 1970er Jahren seine Grundrechtsjudikatur konsolidiert hatte.<sup>5</sup>

## *II. Unzureichende Verhältnismäßigkeitsprüfung*

Gleichwohl wird dem Gerichtshof als Hüter der Unionsgrundrechte bis heute noch eine unzureichende Grundrechtskontrolle vorgehalten. Die Kritik bezieht sich nicht nur, aber vor allem auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.<sup>6</sup> Mit seiner Hilfe wird das europäische Gemeinwohl im Spannungsfeld zwischen Individual- und Kollektivinteressen bestimmt. Das Prinzip ist der zentrale Maßstab für die Rechtfertigung von Grundrechtsbeschränkungen.<sup>7</sup> Man kann anders gewendet sagen: die Intensität der gerichtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung ist letztlich das Gütesiegel für einen hochwertigen Grundrechtsschutz.<sup>8</sup>

Auch wenn es Ausnahmen gibt, vor allem was administrative Maßnahmen der Union in bestimmten Bereichen wie dem Beamten- oder Zollrecht betrifft.<sup>9</sup> meist beschränkt sich der Gerichtshof auf eine kursorische Verhältnismäßigkeitsprüfung des angestrebten legitimen Ziels, der Eignung und der Erforderlichkeit der Maßnahme zur Erreichung dieses Ziels. Die „Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne“, d. h. die Abwägung zwischen dem Nutzen einer Unionsmaßnahme für das öffentliche Interesse und den Nachteilen, die sich hieraus für Individuen ergeben können, wird nicht geprüft. Es findet also in der Regel vor den Unionsgerichten keine Gewichtung der betroffenen Interessen mehr statt, wie es für eine Angemessenheitsprüfung typisch ist.<sup>10</sup>

Diese verkürzte und pauschalierende Art und Weise der Grundrechtsprüfung führt üblicherweise dazu, dass die im Rahmen von Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 263 AEUV oder Gültigkeitsvorlagen nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV erhobenen Grundrechtsbeschwerden gegen die Union abgewiesen werden. Das gilt vor allem für Rechtsakte des Unionsgesetzgebers, dem der EuGH meist ein weites Ermessen zubilligt.<sup>11</sup>

### *III. Bananenmarkt-Urteil als Beispiel für die Vertretbarkeitsprüfung*

Der in den 1990er teilweise hysterisch geführte Streit um das Lizenzregime der europäischen Bananenmarktordnung war exemplarisch für die Debatte über dieses europäische Grundrechtsniveau – in diesem Fall ging es um die Berufs- und Eigentumsfreiheit der Bananenimporteure, die durch eine VO des Rates beeinträchtigt wurde. Das Urteil des EuGH aus dem Jahr 1994 diente oft als Beispiel für eine oberflächliche Grundrechtsjudikatur, die sich die Behauptungen des Unionsgesetzgebers einfach zu eigen macht und die Verhältnismäßigkeitskontrolle mit Hinweis auf das weite Ermessen der Unionsorgane aushebelt.<sup>12</sup> Ansatz für die Kritik war der Hinweis des Gerichtshofs darauf, dass die damalige Maßnahme der Union zur Erreichung der angestrebten Gemeinwohlziele nicht „offensichtlich ungeeignet“ sei und die Beurteilung der Interessenlage durch den Unionsgesetzgeber nicht „offensichtlich irrig“ erscheine.<sup>13</sup>

Diese Vertretbarkeits- oder Evidenzprüfung geht über das hinaus, was andere Verfassungsgerichte, wie z. B. das BVerfG oder der österreichische VerfGH, praktizieren. Diese üben in wirtschaftspolitischen Entscheidungen zwar ebenfalls z. T. einen „judicial restraint“ aus. Unverzichtbarer Bestandteil ihrer Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechtseingriffen ist aber die Verhältnismäßigkeit i. e. S.<sup>14</sup> Dieses Merkmal, auch Angemessenheit genannt, ist wiederum situationsbezogen zu würdigen und hängt maßgeblich von der Intensität des jeweiligen Grundrechtseingriffs ab. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung impliziert damit ein einzelfallbezogenes „bewegliches“ System der Kontrolldichte.<sup>15</sup> Wird sie jedoch auf einen reinen Vertretbarkeitsmaßstab reduziert, führt dies dazu, dass die spezifische Eingriffswirkung einer Maßnahme nicht vom Verfassungsgericht geprüft und damit ein wesentlicher Aspekt des Rechtsschutzes ausgeblendet wird. Mit einer lediglich pauschalisierenden und abstrakten verfassungsgerichtlichen Überprüfung gesetzgeberischer Maßnahmen werden die Grundrechte letztlich zur Disposition des Unionsgesetzgebers gestellt. Es entsteht eine Verhältnismäßigkeits- und damit eine Grundrechtslücke. Wegen dieser Judikatur wurde der Gerichtshof nach der Bananenmarktentscheidung z. T. als das „Hausgericht“ der Unionsorgane bezeichnet,<sup>16</sup> das den Unionsorganen

einen „Freifahrtsschein“<sup>17</sup> erteilt und das Grundrechte „nicht ernst nimmt“,<sup>18</sup> und nicht als das „Verfassungsgericht der Union“, wie er sich selber sieht.<sup>19</sup>

Eine solche Beurteilung war schon damals problematisch. Der Grundrechtsdiskurs, den nationale Verfassungsgerichte, aber auch der EGMR und die Wissenschaft seit vielen Jahren mit dem Gerichtshof geführt haben, hatte den Grundrechtsschutz auf Unionsebene bereits vor Schaffung der GRCh verbessert. Außerdem ist hervorzuheben, dass es Bereiche gab und gibt, in denen Maßnahmen der Unionsorgane anhand der Grundrechte und des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchaus sorgfältig geprüft wurden. Dazu zählen vor allem administrative Maßnahmen der Kommission. Urteile, in denen der Gerichtshof Handlungen des Unionsgesetzgebers als grundrechtswidrig beanstandet, muss man allerdings mit der Lupe suchen.<sup>20</sup>

## **B. Schutz der Unionsgrundrechte durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip im 21. Jahrhundert**

### *I. Verschärfung der Grundrechtskonflikte*

Dennoch wurde immer wieder die Frage gestellt, ob derartige Grundrechtsfälle und die Bedeutung der Grundrechte auf Unionsebene nicht überschätzt werden.<sup>21</sup> Denkt man an den Streit um die Bananenmarkt-Entscheidung des EuGH, könnte man diese Frage bejahen, denn darin ging es um Marktanteile und berufliche Chancen von Obstgroßhändlern, die vermutlich auch vom BVerfG grundrechtlich nicht wesentlich anders beurteilt worden wären als vom Gerichtshof.<sup>22</sup>

Dennoch: die Bedeutung der Grundrechte auf Unionsebene ist im 21. Jahrhundert größer denn je, denn die Regulierungsdichte des Unionsrechts hat beständig zugenommen. Das gilt etwa für das Binnenmarktrecht, wie die immer strikteren Regelungen für Nahrungs- und Genussmittel<sup>23</sup> oder für Dienstleistungen wie z. B. für Mobilfunkunternehmen zeigen.<sup>24</sup> Ein noch wichtigeres Anwendungsfeld der Grundrechte ergibt sich aus dem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, der immer mehr der

Verstärkung von Hoheitsgewalt dient,<sup>25</sup> aber auch aus dem europäischen Sozialrecht.<sup>26</sup> Die zunehmende Regelungsintensität im Unionsrecht führt also immer öfter zu „harten“ Grundrechtskonflikten, die ohne einen effektiven Rechtsschutz auf Unionsebene nicht rechtsstaatlich gelöst werden können.<sup>27</sup> Das zeigt übrigens auch ein Blick auf die Statistik. Seit Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon hat der Gerichtshof über 150 Mal auf die Grundrechtecharta in seinen Entscheidungen Bezug genommen<sup>28</sup> – das sagt alles über die praktische Relevanz der Grundrechte.

## *II. Veränderungen im Grundrechtsschutz nach Lissabon*

### *1. Geschriebener Grundrechtskatalog – klarere Strukturen*

Eine wichtige Basis für diese Entwicklung wurde bekanntlich mit der Einbeziehung der GRCh in das primäre Unionsrecht durch Art. 6 Abs. 1 EUV geschaffen. Mit dieser Charta besitzt die Union nun einen geschriebenen umfassenden Katalog verfassungsrechtlich geschützter Grundrechte. Selbst wenn man manches hätte besser regeln können, z. B. eine Grundrechtsverfassungsbeschwerde einführen,<sup>29</sup> so lässt sich nicht bestreiten, dass mit der Anerkennung der Charta durch den EUV ein wesentlicher Fortschritt erreicht wurde, weil die Grundrechte, ihre Schranken und die Grenzen für Einschränkungen klarere Konturen erhalten. Daran wurde auch die Hoffnung geknüpft, der Text möge Ausgangsgrundlage für eine kraftvolle und überzeugende Grundrechtsjudikatur sein.<sup>30</sup>

### *2. Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schranken-Schranke nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh*

Ein hier wesentlicher Punkt ist die ausdrückliche Verankerung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Schranken-Schranke für den Grundrechtsschutz in Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh, d.h. als eine maßgebliche Grenze für die Einschränkung von Grundrechten. Dieser Grundsatz gewinnt damit einen neuen grundrechtsspezifischen Status. Er ist nicht mehr lediglich ein allgemeines Verfassungsprinzip der Union, das auch in Art. 5 Abs. 4 EUV als Kompetenzausübungsschranke erwähnt wird.<sup>31</sup>

Enthält Art. 52 Abs. 1 GRCh nun eine Aufforderung an den EuGH, den

europäischen Grundrechtsstandard effektiver zu gestalten? Wenn man den Wortlaut der Vorschrift als Maßstab nimmt, könnte das zutreffen. Denn die Bestimmung verlangt, dass ein Eingriff „tatsächlich“ dem Gemeinwohl dienenden Zielen entspricht. Eine Verhältnismäßigkeitsjudikatur, die unreflektiert dem Vortrag des Unionsgesetzgebers folgt, ist damit jedenfalls nicht vereinbar.<sup>32</sup> Außerdem gilt die Verpflichtung zur Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRCh für „jede“ Grundrechtseinschränkung, d.h. es spielt keine Rolle, ob eine Vorschrift den Unionsorganen einen Ermessensspielraum einräumt oder nicht, und ob der Unionsgesetzgeber oder ein administratives Organ gehandelt hat.<sup>33</sup>

Art. 52 Abs. 1 GRCh schreibt allerdings nicht vor, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit einer bestimmten Intensität durchgeführt werden soll. Die Forderung nach einer einzelfallbezogenen Prüfung der Zumutbarkeit einer Maßnahme, wie sie etwa das BVerfG durchführt, kann man also darauf nicht stützen.

Allenfalls lässt sich sagen, dass eine oberflächliche Verhältnismäßigkeitsprüfung wie im Bananenmarkt-Urteil mit der GRCh nicht vereinbar ist. Indessen hat der EuGH die Linie, auf der dieses Urteil lag, schon länger zugunsten einer stetig ansteigenden Kontrolldichte aufgegeben.

### *III. Richterliche Grundrechtskontrolle auf der Basis der GRCh*

Mit Blick auf die neuere Judikatur lässt sich sagen, dass die Grundrechtsbotschaft des Lissabonner Vertrages beim Gerichtshof angekommen ist.

#### *1. Rs. Schecke und Eifert*

Bemerkenswert ist vor allem die – bereits viel erörterte – Rs. *Schecke und Eifert* aus dem Jahre 2010.<sup>34</sup> Darin wird eine VO des Rates für nichtig erklärt, soweit darin in Bezug auf Personen, die landwirtschaftliche Beihilfen empfangen haben, die Veröffentlichung personenbezogener Daten angeordnet wird. Dabei stützt sich der EuGH auf das Grundrecht auf Datenschutz für Privatpersonen, das er aus Art. 7 GRCh und Art. 8 Abs. 1 GRCh ableitet.<sup>35</sup>

Im Gegensatz zu manchen älteren Urteilen zeichnet sich die Entscheidung dadurch aus, dass der Schutzbereich dieses Grundrechts, der Eingriff in das Recht durch die Veröffentlichung der Daten und seine Rechtfertigung systematisch geprüft werden. Das Urteil des Gerichtshofs ragt im Übrigen schon deshalb aus der Reihe seiner Grundrechtsentscheidungen heraus, weil es einen Gesetzgebungsakt der Union mit allgemeiner Geltung für unvereinbar mit den Unionsgrundrechten und deshalb im Ergebnis für nichtig erklärt – und das, obwohl dieser Rechtsakt das Ziel der Transparenz und damit ein wichtiges Ziel des Allgemeinwohls der Union verfolgt, das in den Verträgen normativ sehr gut abgesichert ist.

Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt auf der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Besonders interessant ist dabei, dass der Gerichtshof zu Beginn darauf verweist, dass die betroffenen Grundrechte des Beihilfenempfängers und das unionsverfassungsrechtliche Gebot zur Herstellung von Transparenz durch Veröffentlichung von Daten „in Einklang gebracht werden“ und „ausgewogen gewichtet“ werden müssen.<sup>36</sup> Dieser Prozess der Abwägung von Normen, die gleichberechtigte Verwirklichung beanspruchen, erinnert an das aus dem deutschen Verfassungsrecht bekannte Herstellen praktischer Konkordanz.<sup>37</sup> Damit ist die grundrechtliche Prüfung gleichsam im Kern der verhältnismäßigen Abwägung kollidierender Belange und Interessen angelangt.

Bemerkenswert ist die Kontrolldichte des Urteils aber auch in Bezug auf die Frage, ob die Maßnahmen der Union „über das hinaus[gehen], was zur Erreichung der verfolgten berechtigten Ziele erforderlich war“.<sup>38</sup> Der Gerichtshof kommt insoweit zu dem Schluss, die Organe hätten prüfen müssen, ob eine eingeschränkte namentliche Veröffentlichung von Daten nicht ausreichend gewesen wäre, um die angestrebten Transparenzziele zu erreichen. Er betont, dass die Gewichtung der beteiligten Interessen anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips einer strikten Überprüfung unterzogen wird, weil sich die Einschränkung der Grundrechte auf das „absolut Notwendige beschränken“ muss.<sup>39</sup>

Der EuGH konstatiert schließlich, es sei „nicht ersichtlich [...], dass der Rat und die Kommission beim Erlass der Verordnung bestrebt gewesen wären, [...] eine solche ausgewogene Gewichtung de[r] Interesse[n]“



vorzunehmen.<sup>40</sup> Er geht offenbar davon aus, dass letztlich ein „Abwägungsausfall“ vorliegt.<sup>41</sup>

## 2. Rs. *Sky Österreich*

Dass die intensivere grundrechtliche Prüfung den Druck auf den Unionsgesetzgeber ebenfalls im Bereich wirtschaftspolitischer Regulierung erhöht, zeigt sich in einer anderen neueren Entscheidung des Gerichtshofs, der Rs. C-283/11, *Sky Österreich* vom 22.1.2013, in der es um die Frage geht, ob das in der Fernseh-RL verankerte Recht auf kostenlose Kurzberichterstattung die unternehmerische Freiheit der Inhaber exklusiver TV-Übertragungsrechte verletzt.<sup>42</sup> Hier verweist der Gerichtshof hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips ausdrücklich auf Art. 52 Abs. 1 GRCh und prüft dementsprechend das Prinzip im Lichte der betroffenen Grundrechte. Auch wenn im Ergebnis eine Grundrechtsverletzung abgelehnt wird, besticht dieses Urteil durch eine konsequente und umfassende Angemessenheitsprüfung und Interessenabwägung der betroffenen Parteien mit Blick auf die Schwere des Eingriffs. Von einer bloßen Vertretbarkeits- oder Evidenzprüfung kann hier keine Rede mehr sein.<sup>43</sup>

## 3. Rs. *Digital Rights Ireland Ltd.*

Furore hat schließlich die Entscheidung in den verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd.* gemacht. Darin erklärt der Gerichtshof die vom Unionsgesetzgeber erlassene RL 2006/24/EG insgesamt für nichtig, da die darin angeordnete Vorratsdatenspeicherung unvereinbar mit dem Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 7 GRCh und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß Art. 52 GRCh ist.

Zunächst ortet der Gerichtshof, in Übereinstimmung mit dem Generalanwalt, in der Vorratsdatenspeicherung einen Eingriff von „großem Ausmaß“, der „als besonders schwerwiegend anzusehend“ ist.<sup>44</sup> Er meint damit, dass ein besonders intensiver Eingriff in Grundrechte vorliegt. Dann untersucht er die Rechtfertigung des Eingriffs, nachdem er festgestellt hat, dass die Maßnahme den Wesensgehalt des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 7 GRCh und dem Recht auf Schutz

personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh nicht verletzt hat. Da das Ziel der Vorratsdatenspeicherung, die Bekämpfung schwerer Kriminalität und damit die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit, unstreitig dem Gemeinwohl dient, geht es in dem Urteil vor allem darum, ob der Eingriff im Verhältnis zu diesem Ziel steht. Anders als der Schlussantrag des Generalanwalts folgt die vom Berichterstatter von *Danwitz* entworfene Entscheidung nicht der Frage des vorliegenden High Court, die das Verhältnismäßigkeitsprinzip losgelöst von den Grundrechten als in Art. 5 Abs. 4 EUV genanntes Verfassungsprinzip prüft. Vielmehr wird das Verhältnismäßigkeitsprinzip gemäß Art. 52 Abs. 1 GRCh als Schranken-Schranke für die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen gewürdigt.<sup>45</sup> Während die Vorratsdatenspeicherung grundsätzlich zur Erreichung der genannten Ziele geeignet ist, fehlt es nach Ansicht des EuGH an der Erforderlichkeit, da sich die zu diesem Zweck vorgenommenen Grundrechtseingriffe nicht „auf das absolut Notwendige beschränken“, denn es fehlt an Ausnahmeregelungen und an „klare(n) und präzise(n) Regeln für die Tragweite und die Anwendung“ von Vorratsdatenspeicherungen.<sup>46</sup> Zu diesem Urteil gelangt der Gerichtshof nur, weil er die angegriffene Richtlinie „einer strikten Kontrolle“ unterzieht. Zu Recht ortet er angesichts der „Art und Schwere des Eingriffs“ und der besonderen Grundrechtsrelevanz des Datenschutzes keinen uneingeschränkten diesbezüglichen Gestaltungsspielraum des Unionsgesetzgebers.<sup>47</sup> Die Entscheidung ist von einer intensiven Interessenabwägung geprägt, die für eine verfassungsgerichtliche Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorbildhaft ist. Sie orientiert sich an der Schwere des konkreten Eingriffs, der Bedeutung der betroffenen Grundrechte, aber auch der gesetzgeberischen Ziele sowie der Kohärenz der vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen und zieht sich nicht, wie das bei früheren Urteilen der Fall war, auf abstrakte Aussagen zum Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zurück.

#### *IV. Erhöhung der grundrechtlichen Kontrollsdichte in Bezug auf Abwägungsvorgänge*

Die genannten Entscheidungen dokumentieren die Bereitschaft des Gerichtshofs, sich von der bloßen Vertretbarkeitsprüfung zu verabschieden, die die Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen bloß auf

evidente Verstöße hin untersucht.

Das bedeutet zwangsläufig, dass die Unionsorgane bei grundrechtsrelevanten Maßnahmen einen höheren Begründungsaufwand betreiben müssen, denn obwohl der Gesetzgeber ein weites Ermessen haben mag, nimmt der Gerichtshof insoweit einen unzureichenden Vortrag der Unionsorgane zum Anlass, mit Hilfe des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht „kohärente“ Maßnahmen der Union zu identifizieren, die schließlich auch nicht zur Erreichung der vom Gesetzgeber verfolgten Ziele geeignet oder jedenfalls nicht erforderlich sind.<sup>48</sup> In anderen Fällen, in denen ebenfalls im Ergebnis die Verhältnismäßigkeit zu verneinen ist, ortet der EuGH ein Abwägungsdefizit, wenn die betroffenen Interessen der Grundrechtsträger gar nicht erst in den Abwägungsvorgang des Gesetzgebers eingestellt werden. Um solche Widersprüche in der Argumentation der Unionsorgane aufzudecken, muss der Gerichtshof auch gar nicht ihre Abwägung durch seine eigene ersetzen.<sup>49</sup>

Allerdings zeigt er immer stärker die Neigung dazu, dies zu tun und in eine inhaltliche Überprüfung der gesetzgeberischen Maßnahmen einzusteigen. So macht er in der Rs. *Schecke und Eifert* durchaus deutlich, dass der dort vorliegende Grundrechtseingriff im Ergebnis nicht erforderlich ist. Für ihn sind nämlich „Maßnahmen vorstellbar [...], die dieses Grundrecht [...] weniger stark beeinträchtigen“.<sup>50</sup> Es spricht daher vieles dafür, dass er die Verordnung auch in der vorliegenden Form für grundrechtswidrig erklärt hätte, wenn dieser eine Interessenabwägung durch den Rat vorausgegangen wäre.<sup>51</sup>

Die Bereitschaft zu einer eigenen Interessengewichtung hat der Gerichtshof übrigens auch schon in anderen Urteilen gezeigt, etwa in der Rs. *Kadi* aus dem Jahre 2008 – noch vor Inkrafttreten der GRCh – die sich mit Sanktionen der Union gegenüber Privatpersonen im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Terrorismus befasst.<sup>52</sup> Dort findet sich ebenfalls der Hinweis, der Gerichtshof müsse „untersuchen“, ob bei der Abwägung zwischen den Belangen des Allgemeinwohls und den Interessen des Einzelnen das „Gleichgewicht“ gewahrt ist.<sup>53</sup> Er gelangte bekanntlich im Rahmen dieser Angemessenheitsprüfung zu dem Ergebnis, dass das nicht der Fall ist und erklärte die angegriffene Verordnung des Rates für nichtig.

## **C. Neuausrichtung der Unionsrechtsordnung am Maßstab der Grundrechte**

Aufgrund der beschriebenen Entwicklung muss man den Vorwurf fehlender Grundrechtssensibilität gegenüber dem EuGH revidieren.

### *I. Gründe für die bisherige Vertretbarkeitsprüfung*

Die frühere Zurückhaltung des EuGH bei der Grundrechts- und Verhältnismäßigkeitsprüfung wird auf verschiedene Weise erklärt.

Anfangs mögen durchaus integrationspolitische Gründe die Grundrechtsjudikatur des EuGH beeinflusst haben. Hierzu hat sich der Gerichtshof auch bekannt, wenn er davon sprach, dass der Grundrechtsschutz sich in die „spezifische Struktur der Gemeinschaft und die Integrationsziele einfügen“ müsse.<sup>54</sup> Nun, diese Zeit ist sicher vorbei. In einer Werte- und Grundrechtsunion, als die der Vertrag die EU schon seit dem Vertrag von Maastricht bezeichnet (vgl. jetzt Art. 2 EUV), dürfen die Grundrechte nicht ausschließlich binnenmarktfunktional interpretiert werden.<sup>55</sup>

Ein anderer häufig zur Grundrechtsjudikatur verwendeter Argumentationstopos stellt auf die Gewaltenteilung zwischen Unionsgesetzgeber und -gerichten ab. So wird darauf hingewiesen, dass im Gerichtshof unterschiedliche Verfassungsrechtstraditionen vertreten sind, von denen einige wie z. B. Großbritannien keine oder andere wie Frankreich nur eine eingeschränkte nachträgliche Normenkontrolle gegenüber dem Gesetzgeber anhand von Grundrechten kennen.<sup>56</sup> Der EuGH habe zudem deshalb davon abgesehen, den politischen Prozess auf Unionsebene durch eine strikte Grundrechtskontrolle zu steuern.<sup>57</sup> Hierzu ist zu sagen, dass sich die Positionen im Gerichtshof zu verschieben scheinen. Das gilt nicht nur, weil etwa Frankreich ebenso eine *ex post* Normenkontrolle eingeführt hat, sondern auch aufgrund des Beitritts neuer Staaten zur Union, von denen viele eine Verfassungsgerichtsbarkeit nach deutschem und österreichischem Muster kennen und durchaus eine konsequente Kontrolle des Gesetzgebers anhand der Verfassung betreiben.<sup>58</sup>

Letztlich hatte die geringe Kontrolldichte im Grundrechtsbereich ihre Ursache auch in dem Umstand, dass auf Unionsebene, obwohl es eine grundsätzliche Übereinstimmung über den Schutz der Grundrechte gab, gar kein Konsens über den Inhalt der Grundrechte oder die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen bestand.<sup>59</sup> Das hat der EuGH deutlich gemacht, als er in der Rs. *Omega Spielhallen-GmbH* in Bezug auf die Menschenwürde darauf hinwies, dass es offenbar keine „allen Mitgliedstaaten gemeinsame Auffassung“ gibt, wie das betreffende Grundrecht zu schützen ist.<sup>60</sup>

## *II. Konsens über den Inhalt des Grundrechtsschutzes seit Lissabon*

Auch dies hat sich geändert. Mit der neuen Rolle der GRCh kann ein Konsens der Mitgliedstaaten über den Inhalt des Grundrechtsschutzes und die diesbezügliche Rolle des Verhältnismäßigkeitsprinzips, die ja früher vom Gerichtshof mit Hilfe des Instruments der allgemeinen Rechtsgrundsätze nur fingiert wurden, nicht mehr bestritten werden.<sup>61</sup> Außerdem enthält die Charta einen normativen Hebel für die Neupositionierung der Grundrechtskontrolle im Rahmen der Unionsrechtsordnung. Sie hat auf diese Weise einen Konstitutionalisierungsschub bewirkt.<sup>62</sup> Aus dem Umstand, dass die Union nunmehr nach der Präambel der GRCh ausdrücklich „den Menschen in den Mittelpunkt ihres Handelns“ und ihrer Rechtsordnung stellt, lässt sich durchaus die Vorstellung ableiten, dass die Grundrechte eine übergreifende normative Ordnung der Union darstellen und jede Rechtsetzungstätigkeit der Union determinieren müssen.<sup>63</sup>

## **D. Fazit**

Es gab durchaus Verbesserungspotential in der Grundrechtsprüfung vor allem hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nachdem die GRCh im Primärrecht verankert wurde, existiert indes eine normative Basis, die den Gerichtshof zu einer strikteren Grundrechtskontrolle ermächtigt. Zwar schwankt die Rechtsprechung diesbezüglich noch zwischen Urteilen, die eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung enthalten und Ausreißern, die insoweit noch alte Denkmuster offenbaren. Es bleibt abzuwarten, ob

die insbesondere zu bürgerlichen Freiheiten entwickelte neuere Grundrechtsjudikatur auch zu einer dichterem Kontrolle wirtschaftspolitischer Regulierung anhand der Grundrechte führen wird. Insgesamt zeigt die neueste Judikatur jedoch die Bereitschaft des EuGH, sich auf die GRCh einzulassen und die bisherige Vertretbarkeitskontrolle zugunsten einer strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung zu verabschieden. Dies ist nicht nur wegen der stetig wachsenden Hoheitsgewalt der Union notwendig. Es ist auch unerlässlich, um die Ausweitung des Grundrechtsschutzes auf nationale Maßnahmen durch die *Åkerberg Fransson*-Judikatur des Gerichtshofs zu legitimieren.<sup>64</sup>

---

\* Der Verfasser dankt Frau wiss. Ass. Dr. Judith Sild, Universität Innsbruck für ihre Unterstützung bei der Erstellung des Manuskripts.

<sup>1</sup> Die GRCh wurde 2007 feierlich proklamiert und mit dem Vertrag von Lissabon am 1.12.2009 rechtsverbindlich, ABl. 2007, Nr. C 303/1 i. d. F. ABl. 2012, Nr. C 326/391.

<sup>2</sup> Siehe EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 3, 25; Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1253, 1269 f.

<sup>3</sup> EuGH, Rs. 26/69, *Stauder*, EU:C:1969:57 Rn. 7; Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114 Rn. 4; Rs. 4/73, *Nold*, EU:C:1974:51 Rn. 13; Rs. 44/79, *Hauer*, EU:C:1979:290 Rn. 14 ff.

<sup>4</sup> BVerfGE, 37, 271 – Solange I.

<sup>5</sup> BVerfGE, 73, 339 (387) – Solange II. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat dem EuGH attestiert, dass der Unionsgrundrechtsschutz auch dem der EMRK gleichwertig ist, EGMR, Nr. 45036/98 vom 30.06.2005, *Bosphorus/Irland*, ECHR 2005-VI, 149 ff. = NJW 2006, 197 Rn. 165; vgl. auch *Bröhmer*, Die Bosphorus-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuZW 2006, 71 ff.

<sup>6</sup> So z. B. *Trstenjak/Beysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 265, 266 ff.; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 4, Europäische Grundrechte, 2009, Rn. 627 ff.; *O. Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003, S. 212 f.; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl., 2011, Art. 51 GRCh Rn. 65; *von Danwitz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Gemeinschaftsrecht, EWS 2003, 393, 400 ff.; differenziert *Kischel*, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380, 398 ff.; *von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, 157, 163 ff. m. w. N.

<sup>7</sup> Vgl. *von Danwitz*, Gerichtlicher Schutz der Grundrechte, in: Grabenwarter (Hrsg.),



Europäischer Grundrechtsschutz, EnzEuR, Bd. 2, 2014, § 6 Rn 66; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., 2010, Art. 52 Rn. 22b.

- <sup>8</sup> Grabenwarter/von Danwitz (Fn. 7), § 6 Rn 64.
- <sup>9</sup> Siehe beispielsweise zum Beamtenrecht EuGH, Rs. C-340/00 P, *Cwik*, EU:C:2001:701; zum Zollrecht EuGH, Rs. C-269/90, *TU München*, EU:C:1991:438.
- <sup>10</sup> Vgl. *E. Stieglitz*, Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH, 2002, S. 139 ff.; *Streinz/Michl*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl., 2012, Art. 52 GR-Charta Rn. 30.
- <sup>11</sup> Vgl. u. a. *Kischel* (Fn. 6), 386 f. m. w. N.; *Trstenjak/Beysen* (Fn. 6), 273 f.; *Schroeder/Sild*, Kontrolldichte im EU-Beihilferecht, EuZW 2014, 12, 13.
- <sup>12</sup> EuGH, Rs. C-280/93, *Deutschland/Rat*, EU:C:1994:367; hierzu *Nettesheim*, Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH, EuZW 1995, 106 ff.; *von Danwitz* (Fn. 6), 399 ff.; *Schroeder*, Neues zur Grundrechtskontrolle in der Europäischen Union, EuZW 2011, 462, 463.
- <sup>13</sup> EuGH, Rs. C-280/93, *Deutschland/Rat*, EU:C:1994:367 Rn. 90; siehe *H. D. Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl., 2013, Art. 52 Rn. 44.
- <sup>14</sup> Siehe *Müller*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art 52 GRC, in: Kahl/Raschauer/Storr (Hrsg.), Grundsatzfragen der europäischen Grundrechtecharta, 2013, 179, 183 m. w. N.
- <sup>15</sup> So auch Kahl/Raschauer/Storr/Müller (Fn. 14), 183; ausführlich zum beweglichen System *Wilburgs F. Bydlinski/H. Krejci/B. Schilcher/V. Steininger* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, 1986.
- <sup>16</sup> So *Stein*, „Bananen-split“? Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?, EuZW 1998, 261.
- <sup>17</sup> Siehe *Frenz* (Fn. 6), Rn. 629.
- <sup>18</sup> *Schroeder* (Fn. 12), 463.
- <sup>19</sup> Vgl. Grabenwarter/von Danwitz (Fn. 7), § 6 Rn 68; eingehend dazu *L. Bauer*, Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht?, 2008.
- <sup>20</sup> Vgl. *Mayer*, Der Vertrag von Lissabon und die Grundrechte, EuR-Beiheft 1/2009, 87, 97 ff.; siehe auch Kahl/Raschauer/Storr/Müller (Fn. 14), 191 ff.
- <sup>21</sup> Siehe etwa *von Bogdandy* (Fn. 6), 163 ff.; *Schroeder* (Fn. 12), 463.
- <sup>22</sup> Gegen einen grundrechtlich geschützten Abwehranspruch auf Wirtschaftschancen auch *Nettesheim* (Fn. 12), 108.
- <sup>23</sup> Vgl. zur Tabaketikettierung EuGH, Rs. C-491/01, *British American Tobacco*, EU:C:2001:741 bzw. zum Tabakwerbeverbot Rs. C-376/98, *Deutschland/Parlament und Rat*, EU:C:2000:544 (Tabakwerbeverbot I); Rs. C-380/03, *Deutschland/Parlament und Rat*, EU:C:2006:772 (Tabakwerbeverbot II).
- <sup>24</sup> Siehe beispielsweise die Verordnung (EG) Nr. 717/2007; dazu EuGH, Rs. C-58/08, *Vodafone*, EU:C:2010:321.
- <sup>25</sup> So etwa der Europäische Haftbefehl, Rahmenbeschluss 2002/584/JI, i. d. F. 2009/299/JI oder das Einfrieren von Konten wie zuletzt Beschluss 2014/145/GASP vom 17.3.2014 über restriktive Maßnahmen angesichts von Handlungen, die die territoriale Unversehrtheit, Souveränität und Unabhängigkeit der Ukraine



untergraben oder bedrohen.

- <sup>26</sup> Siehe Beispiele bei *Kühling*, Kernelemente einer kohärenten EU-Grundrechtsdogmatik in der Post-Lissabon-Ära, ZÖR 2013, 469, 472.
- <sup>27</sup> Vgl. *Mayer* (Fn. 20), 99 ff.; *Schroeder* (Fn. 12), 463.
- <sup>28</sup> Allein 2012 hat der Gerichtshof in 87 Fällen die Grundrechte direkt zitiert oder in der Urteilsbegründung angeführt, Europäische Kommission – Generaldirektion Justiz, Bericht 2012 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2013, 24 und 103 ff; siehe zur Relevanz auch *Kühling* (Fn. 26), 472.
- <sup>29</sup> Dazu etwa *Tindemans*-Bericht über die Europäische Union, EG-Bulletin, Beilage 1/76, 9, 35; Europäischer Konvent, Mandat der Arbeitsgruppe II (Charta) vom 31.5.2002, CONV 72/02, 4; Art. 65 Abs. 6 des Freiburger Entwurfs für einen europäischen Verfassungsvertrag des Europa-Instituts Freiburg e.V. vom 12.11.2002, [www.leforum.de/de/FreiburgerEntwurf.pdf](http://www.leforum.de/de/FreiburgerEntwurf.pdf) (zuletzt besucht 21.5.2014); Europäischer Konvent, Working Document 03 des Arbeitskreises I (Gerichtshof) vom 26.2.2003, CERCLE I – WD 03, 2; ebenso *Rengeling*, in: FS Everling, 1995, S. 1187 ff; *Reich*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, 375 ff; *Lindner*, Fortschritte und Defizite im EU-Grundrechtsschutz, ZRP 2007, 54 ff.
- <sup>30</sup> Vgl. *Pache/Rösch*, Die neue Grundrechtsordnung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009, 769, 773 ff.; *Mayer* (Fn. 20), 95 f.; *Schroeder* (Fn. 12), 463 f.
- <sup>31</sup> *Jarass* (Fn. 13), Art. 52 Rn 43 betont, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei Grundrechtseingriffen über die „normale“ Prüfung der Verhältnismäßigkeit hinausgehen muss; kritisch insbesondere im Hinblick auf eine subjektive Proportionalitätsprüfung *Kahl/Raschauer/Storr/Müller* (Fn. 14), 188 ff.; zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kompetenzausübungsschranke *Trstenjak/Beysen* (Fn. 6), 266 ff.
- <sup>32</sup> Vgl. *Grabenwarter/von Danwitz* (Fn. 7), § 6 Rn 67; *Meyer/Borowsky* (Fn. 7), Art. 52 Rn. 22a; aA *M. Bühler*, Die Einschränkung von Grundrechten nach der Europäischen Grundrechtecharta, 2005, S. 240 f.
- <sup>33</sup> Vgl. *Trstenjak/Beysen* (Fn. 6), 278 f.; *Kahl/Raschauer/Storr/Müller* (Fn. 14), 188.
- <sup>34</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662.
- <sup>35</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 47 ff.
- <sup>36</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 76 f.
- <sup>37</sup> Vgl. *Schroeder* (Fn. 12), 463; grundlegend *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 18. Aufl., 1991, Rn 72 und 317 ff.; zur Übertragung auf das Unionsrecht *W. Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2001, S. 281 ff.
- <sup>38</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 79.
- <sup>39</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 77.
- <sup>40</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 80.
- <sup>41</sup> So *Guckelberger*, Veröffentlichung der Leistungsempfänger von EU-Subventionen und unionsgrundrechtlicher Datenschutz, EuZW 2011, 126, 130; von einem „Abwägungsdefizit“ sprechend *Brink/Wolff*, Anmerkung zur Rs. *Schecke und Eifert*,

JZ 2011, 206, 207; *Schroeder* (Fn. 12), 463.

<sup>42</sup> EuGH, Rs. C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 Rn. 47 ff.

<sup>44</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-694/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, EU:C:2014:238 Rn. 37.

<sup>45</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-694/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, EU:C:2014:238 Rn. 38 und 69.

<sup>46</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-694/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, EU:C:2014:238 Rn. 52, 54, 58 und 64.

<sup>47</sup> EuGH, verb. Rs. C-293/12 und C-694/12, *Digital Rights Ireland Ltd.*, EU:C:2014:238 Rn. 47 f.

<sup>48</sup> Siehe *Schroeder* (Fn. 12), 466.

<sup>49</sup> Vgl. auch *Brink/Wolff* (Fn. 41), 207.

<sup>50</sup> EuGH, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, *Schecke und Eifert*, EU:C:2010:662 Rn. 86.

<sup>51</sup> Bereits *Schroeder* (Fn. 12), 466.

<sup>52</sup> EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi und Al Barakaat (Kadi I)*, EU:C:2008:461.

<sup>53</sup> EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, *Kadi und Al Barakaat (Kadi I)*, EU:C:2008:461 Rn. 360.

<sup>54</sup> EuGH, Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, EU:C:1970:114 Rn. 4.

<sup>55</sup> Ausführlich dazu auch *Kahl/Raschauer/Storr/Müller* (Fn. 14), 184 f.

<sup>56</sup> Vgl. u. a. *C. D. Classen*, Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 2013, Rn. 275 ff.; *T. von Danwitz*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 45 ff.; 65 ff.; *ders.* (Fn. 6), 397 f.; *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 1988, S. 246 ff.; *Kahl/Raschauer/Storr/Müller* (Fn. 14), 184 ff.; *Kühling*, Grundrechte, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, 657, 672; *Schroeder* (Fn. 12), 466.

<sup>57</sup> Siehe *von Bogdandy* (Fn. 6), 165 f.; *Schroeder* (Fn. 12), 466.

<sup>58</sup> Hierzu *Classen* (Fn. 56), Rn. 275 ff.; *von Danwitz* (Fn. 56), S. 45 ff.; 65 ff.; 82 ff.; 99 ff.; 120 ff.; *Schwarze* (Fn. 56), S. 246 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *von Bogdandy* (Fn. 6), 167; *Schroeder* (Fn. 12), 466; ähnlich *Calliess/Ruffert/Kingreen* (Fn. 6), Art. 51 GRCh Rn. 48 f.

<sup>60</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-36/02, *Omega Spielhallen*, EU:C:2004:614 Rn. 31 ff.

<sup>61</sup> Bereits *Schroeder* (Fn. 12), 466 f.

<sup>62</sup> *Kühling* (Fn. 26), 478.

<sup>63</sup> Sehr kritisch hierzu *von Bogdandy* (Fn. 6), 168 ff.

<sup>64</sup> Nach EuGH, Rs. C-617/10, *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:280 Rn. 19 ff. ist die GRCh gemäß Art. 51 Abs. 1 auf Handlungen der Mitgliedstaaten nicht nur in Vollzugs- und Umsetzungskonstellationen anwendbar, sondern auch, wenn nationales Handeln in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt, was stets der Fall ist, wenn der betreffende Sachbereich durch Primär- oder Sekundärrecht unionsrechtlich ausreichend geregelt ist; siehe *Posch*, Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta der EU, ÖJZ 2013, 380; *Thym*, Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, 889.

# Der Einfluss mitgliedstaatlicher Grundrechtsgewährleistungen auf die Charta der Grundrechte – Wie konsistent sind die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten?

PROF. DR. FRANZ C. MAYER, LL.M. (YALE)<sup>\*</sup>

## A. Einleitung

Die Ausgangsfragestellung nach dem Einfluss mitgliedstaatlicher Grundrechtsgewährleistungen auf die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) lässt sich rasch beantworten, so scheint es. Ein Ableitungszusammenhang zwischen mitgliedstaatlichen Grundrechtsgewährleistungen und der Charta ist gerade für einen deutschen Betrachter evident. Schon anhand von Art. 1 S. 1 der Charta – „Die Würde des Menschen ist unantastbar“ – wird man aus deutscher Sicht ohne Schwierigkeiten die These verteidigen, dass die Chartagarantien sich aus mitgliedstaatlichen Traditionen speisen. Schließlich ist Art. 1 Abs. 1 GG wortlautidentisch.<sup>1</sup> Die Charta lässt sich demnach als die Kodifizierung der Grundrechtserfahrungen der EU-Mitgliedstaaten verstehen. Was sonst? Die mitgliedstaatliche Ebene ist die naheliegendste Quelle für Grundrechtsgehalte auf europäischer Ebene.

Wie auch sonst empfiehlt es sich freilich, nach Art. 1 GRCh noch ein wenig weiterzulesen. Stößt man dann auf Gewährleistungen wie das Recht zu arbeiten (Art. 15 GRCh), so findet man darin das Grundgesetz von 1949 nicht so recht wieder. Bekanntlich ist die deutsche Bundesverfassung im Hinblick auf soziale Grundrechte eher unterentwickelt<sup>2</sup> und bleibt im internationalen wie auch im föderalen Vergleich insbesondere mit Blick auf die neuen Bundesländer zurück.<sup>3</sup> Das Bild der aus den Mitgliedstaaten kopierten oder abgeleiteten Grundrechte der EU bekommt erste Risse und erweist sich als zu einfach. Schon an dieser Stichprobe wird deutlich, dass die nationalen Grundrechtsgewährleistungen alles andere als gleichförmig

sind, schon weil sie unterschiedlichen sozialen und historischen Kontexten entspringen. Von einer Konsistenz der nationalen Grundrechtsgewährleistungen kann demnach nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

Immerhin sind die gemeinsamem Grundrechts- und Verfassungsüberlieferungen jedenfalls insoweit ausreichend konsistent, als dass ein Maßstab für Beitrittsvoraussetzungen aus Art. 49 und Art. 2 EUV besteht. Zu den unabdingbaren Gemeinsamkeiten zwischen den Mitgliedstaaten gehört danach eine Übereinstimmung in Sachen Grundrechte. Diesem Standard muss auch ein Beitrittskandidat entsprechen. Dies gilt auch über den Zeitpunkt des Beitritts hinaus.

Deswegen sind beispielsweise vor einigen Jahren Überlegungen in Polen die Todesstrafe wieder einzuführen sehr schnell abgebrochen worden. Dies wäre nicht mit der EU-Mitgliedschaft vereinbar gewesen und Polen hätte sich mit einer solchen Maßnahme außerhalb eines EU-weiten Konsenses gestellt. Die Verpflichtung auf einen gemeinsamen Standard wirkt in mehrere Richtungen. Nach Art. 23 GG darf sich die Bundesrepublik Deutschland nur dann an der europäischen Integration beteiligen, wenn die EU einen dem GG im wesentlichen vergleichbaren – also jedenfalls gegenüber dem Grundgesetz konsistenten - Grundrechtsschutzstandard bietet.

Gerade die Effektivität der Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf einen gemeinsamen (Minimal-)Standard auch nach dem Beitritt hat indessen in jüngerer Zeit zu Nachfragen Anlass gegeben. Die Grundrechtslage in Ungarn, die Situation von Flüchtlingen in Griechenland und auch der Grundrechtsschutz bei Aktivitäten des britischen Geheimdienstes GCHQ sind jeweils Beispiele, wenn auch höchst unterschiedliche, für Probleme und Anfragen, die sich aus Sicht der Konzeption eines konsistenten europäischen Grundrechtsschutzniveaus ergeben. Dies sind freilich Beispiele für Grundrechtsschutzdefizite auf der *nationalen* Ebene. Gleichwohl veranlassen diese Beispiele perspektivisch die Frage, wie solche Defizite sich auf die Konzeption eines gemeinsamen Grundrechtsschutzes in der EU auswirken.

Letztlich geht es darum, wie weit das Unitarische am Grundrechtsschutz in der EU reicht und um den Umgang mit Differenz und Divergenz. Es ist die

Grundfrage des Föderalismus nach dem richtigen Weg zwischen Einheit und Vielfalt.

Wo stehen wir heute? Die Frage nach dem Einfluss mitgliedstaatlicher Grundrechtsgewährleistungen auf die Charta der Grundrechte ist im Kern die Frage nach dem Zusammenhang zwischen nationalen Grundrechten und europäischen Grundrechten.

Antworten auf diese Fragen und Überlegungen im Kontext der Topoi „gemeinsame Verfassungsüberlieferungen“ und „Charta der Grundrechte“ bzw. „EU-Grundrechte“ und deren Umgang mit der Divergenz lassen sich in drei Schritten entwickeln, die auch die Chronologie der Entwicklung abbilden. Im Ausgangspunkt ging es um einen Rechtserkenntnisaspekt (dazu B.), zwischenzeitlich stand der Kodifizierungsaspekt im Vordergrund (dazu C.), und in einer neueren Entwicklung gibt es auch einen Abwehraspekt im Verhältnis nationaler Grundrechtsüberlieferungen zum Unionsrecht (dazu D.).

## **B. Rechtserkenntnisquelle**

Die Grundrechte-Charta ist erst seit Dezember 2009 rechtsverbindlich. Die Gründungsverträge aus den 50er Jahren enthielten demgegenüber keinerlei Grundrechtsartikel. Zwar war die europäische Integration im Ausgangspunkt durchaus in Anlehnung an bundesstaatliche Vorbilder konzipiert worden. Die Anleihen auf der rechtlichen Ebene betrafen jedoch überwiegend institutionelle Überlegungen.<sup>4</sup>

Spätestens mit einer stetig zunehmenden Gesetzgebungsaktivität mittels Sekundärrechtsetzung durch die europäischen Gemeinschaften stellte sich immer mehr die Frage nach einem den Normanforderungen dieser immer kleinteiligeren europäischen Rechtsetzung entgensetzbaren Grundrechtsbestand. Europäische Gesetzgebung und europäischer Grundrechtsschutz gehen in einem gewissen Sinne Hand in Hand. Art und Reichweite sowohl der Gesetzgebung wie des Grundrechtsschutzes sind im überstaatlichen Raum einzigartig und Alleinstellungsmerkmale der EU. Bis heute besteht keine andere überstaatliche Entität, die über eine Gesetzgebungsmaschine verfügt, die es in vergleichbarer Form sonst nur im Nationalstaat gibt. Und entsprechend gibt es auch keine andere

überstaatliche Einrichtung und keine Internationale Organisation, die Grundrechtsschutz gegen eigene Rechtsakte gewährt. Dies lässt sich am Beispiel des UN-Sicherheitsrates belegen, dessen Grundrechtseingriffe letzten Endes dann auch vom Unionsrecht mit verarbeitet wurden.<sup>5</sup>

Die europäischen Grundrechte sind bis zur Charta zunächst reines Richterrecht gewesen (dazu I.). Dies ist nicht ohne Kritik geblieben (II.).

### *I. Grundrechte als Richterrecht*

Der EuGH hat ab 1969 mit der Rs. *Stauder* begonnen, europäische Grundrechte als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Europarechts zu entwickeln. Damit entstanden Grundrechte auf Unionsebene zunächst nach dem französischen Muster, als gleichsam objektives Recht (Grundsätze). Erst mit der Charta der Grundrechte tritt eine subjektivrechtliche Ausrichtung, wie sie zum Beispiel das deutsche Grundrechtsdenken prägt, hinzu.

Wie ermitteln die Richter aber ohne unmittelbaren textlichen Anhaltspunkt konkrete Grundrechtsgehalte - ob also beispielsweise Eigentum, Meinungsfreiheit oder allgemeine Handlungsfreiheit als Unionsgrundrechte Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze und damit geschützt sind? Sie bedienen sich der Methode der wertenden Rechtsvergleichung und blicken zunächst einmal in die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten.

#### **1. Gemeinsame Verfassungsüberlieferungen**

Bei der Konkretisierung der europäischen Grundrechte als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die der EuGH zu wahren hat, greift der EuGH von Anfang an auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zurück. Auf das Konzept der ‚gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen‘ ist man durch Lektüre der Verträge gekommen. Die außervertragliche Haftung, also gewissermaßen die „Staatshaftung“ der Union, richtet sich nämlich gemäß Art. 340 Abs. 2 AEUV „nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind“.

Im Wortlaut der an das *Stauder*-Urteil von 1969 anschließenden EuGH-

Entscheidung in der Rs. *Nold* von 1974:

„Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass die Grundrechte zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehören, die er zu wahren hat, und dass er bei der Gewährleistung dieser Rechte von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auszugehen hat. Hiernach kann er keine Maßnahmen als rechtmäßig anerkennen, die unvereinbar sind mit den von den Verfassungen dieser Staaten anerkannten und geschützten Grundrechten. Auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben, die im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sind.“<sup>6</sup>

In dieser Formulierung wird deutlich, wie bewegliche und verpflichtende Elemente nebeneinander wirken. Zum einen geht es um das sehr flexible und unverbindliche Konzept der „Hinweise“, noch deutlicher („inspirer“) wird der Unterschied zu einer festen Ableitung des europäischen Grundrechtsschutzes aus dem nationalen Grundrechtsschutz in der französischen Sprachfassung, in der das Urteil entworfen wurde:

„La Cour est tenue de s’inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres“.

Zum anderen geht der EuGH davon aus, dass er zu dieser vergleichenden Betrachtung sogar verpflichtet ist: „auszugehen hat“, in der französischen Fassung „est tenue“.

Wichtig ist dabei der Unterschied zwischen Rechtsquelle und Rechtserkenntnisquelle. Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sind keine Rechtsquelle, sie sind lediglich Rechtserkenntnisquelle,<sup>7</sup> das folgt aus dem Hinweischarakter der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.

Eine weitere Rechtserkenntnisquelle entnimmt der EuGH von Anbeginn dem Völkervertragsrecht: „Auch die internationalen Verträge über den Schutz der Menschenrechte, an deren Abschluss die Mitgliedstaaten beteiligt waren oder denen sie beigetreten sind, können Hinweise geben“, so wörtlich der EuGH.<sup>8</sup> Neben der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die zweifellos die bedeutsamste Bezugsgröße ist,<sup>9</sup> hat der EuGH sich auch auf weniger bekannte Texte bezogen, wie etwa die Europäische Sozialcharta oder die ILO Konvention Nr. 111.<sup>10</sup>



## 2. Wertende Rechtsvergleichung

Der EuGH geht bei der Orientierung an den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten im Wege der wertenden Rechtsvergleichung vor.<sup>11</sup>

### a. Rechtsvergleich

Bemerkenswert ist zunächst einmal der methodische Ansatz der Rechtsvergleichung. Diese Rechtsvergleichung wird nicht lediglich aus akademischem Erkenntnisinteresse betrieben. Sie dient vielmehr einem konkreten Rechtsanwendungsinteresse, gewissermaßen Rechtsvergleichung „in action“.<sup>12</sup>

Rechtsvergleichung in höchstrichterlichen Entscheidungen erscheint keineswegs selbstverständlich.<sup>13</sup> Warum sollte es für einen Rechtskreis von Belang sein, wie ein anderer Rechtskreis eine Grundrechtsfrage entscheidet? Eine typische – ablehnende – Antwort auf diese Frage hat einmal US Supreme Court Justice *Antonin Scalia* in einem berühmten Sondervotum gegeben, in dem er die Irrelevanz rechtsvergleichender Überlegung für die Entscheidung eines Todesstrafen-Falls in den USA geäußert hat.<sup>14</sup> Für die EU ergeben sich Begründung und Legitimation für den Rechtsvergleich bereits über die in der Präambel und Art. 2 EUV behauptete Gemeinsamkeit in der Grund- und Menschenrechtsfrage zwischen den Mitgliedstaaten, im Sinne einer gemeinsamen Wertebasis.

Hier spielt auch die Kategorie ‚europäisches Verfassungsrecht‘ eine Rolle. Auch wegen der Grundrechtsgewährleistungen bzw. des Erfordernisses solcher Grundrechtsgewährleistungen (s.o.) ist die EU der Einordnung in die Kategorien der Internationalen Organisation oder des herkömmlichen Völkerrechts entwachsen, sie lässt sich in weiten Teilen besser mit den Kategorien und Perspektiven des Verfassungsrechts betrachten und verstehen. Dabei ist dieses europäische Verfassungsrecht nicht ohne jede Verbindung mit dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht. Der Verfassungsstatus des Einzelnen erschließt sich letztlich nur aus einer Gesamtschau der mitgliedstaatlichen und der europäischen Verfassungsebene. Dazu bietet die Perspektive eines Verfassungsverbundes<sup>15</sup> von europäischem und mitgliedstaatlichem

Verfassungsrecht eine bessere Erklärungsperspektive als die auf Staatlichkeit fixierte Vokabel vom Staatenverbund.<sup>16</sup> Jedenfalls ermöglicht es die Idee eines europäischen Verfassungsverbundes, das europäische Verfassungsrecht als eigenständig in seinen Gehalten und in seiner Reichweite aufzufassen, ohne die Verbindungen zu den mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen zu leugnen. Das gilt auch für die europäischen Grundrechte als Teil des europäischen Verfassungsrechts. Sie sind nicht aus dem nationalen Recht abgeleitet oder kopiert, sondern stehen für sich, sind dabei aber kein ‚ausländisches‘ Recht im Sinne der Argumentation von *Scalia* (s.o.), sondern eben Verbundrecht. Auch das legitimiert den Rechtsvergleich im unionsrechtlichen Kontext.

#### b. Auswahl durch Wertung

Der EuGH orientiert sich bei seiner Rechtsvergleichung nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner und auch nicht an statistisch-empirischer Vollständigkeit. Es ist nicht erforderlich, dass ein Prinzip bzw. Grundrecht in wirklich jeder Verfassungsordnung der Mitgliedstaaten nachzuweisen ist, um als EU-Grundrecht in Betracht zu kommen. Es können offenbar auch materielle Grundrechtsgehalte für den EuGH von Interesse sein, die nicht in allen Mitgliedstaaten explizit anerkannt sind. Der Blick auf die Mitgliedstaaten erfolgt mit dem Ziel der Inspiration, nicht mit dem Ziel einer empirischen Vergleichsuntersuchung.<sup>17</sup>

Der EuGH ist letztlich auf der Suche nach der besten Lösung.<sup>18</sup> Dementsprechend besteht ein erhebliches Element an Abwägung, Einordnung und Interpretation der jeweiligen Verfassungstraditionen, und zwar stets mit Blick auf unionale Perspektiven und Entwicklungsmöglichkeiten. Die nationalen Verfassungsordnungen lassen sich als eine Art Steinbruch auffassen, in dem der EuGH das Rohmaterial für seine Grundrechtsrechtsprechung zur Weiterentwicklung des Unionsrechts findet. Die Leitfrage für den EuGH lässt sich wie folgt veranschaulichen: Welche Elemente aus den nationalen Grundrechtstraditionen lassen sich für das Unionsrecht fruchtbar machen?

Aus einem solchen Ansatz ergeben sich Abweichungspotenziale. Dies erscheint indessen zunächst einmal unschädlich. Die Frage nach einer Mindestkonsistenz des Grundrechtsschutzes in den Mitgliedstaaten bleibt

davon unberührt, diese ist wegen Art. 2 EUV im Prinzip gesichert.

Eine Inkongruenz besteht ja auch in der Gegenrichtung: Nicht alle Grundrechtsgehalte, die in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten bestehen, finden sich auch auf EU-Ebene. Das Beispiel der aus Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit mag hier aus deutscher Sicht besonders nahe liegend sein. Ob diese auf unionaler Ebene geschützt wird, ist zumindest unklar.<sup>19</sup>

Die Inkongruenz mitgliedstaatlichen und unionalen Grundrechtsschutzes wird durch das Konzept der wertenden Rechtsvergleichung erklärt, aber noch nicht begründet. Die einfachste Begründung scheint zu sein, dass der wertende Rechtsvergleich im Gegensatz zum strikt formal empirischen Vergleich für den EuGH enorme Bequemlichkeitsvorteile bietet: Der EuGH scheint letztlich frei auswählen zu können, was sich aus den nationalen Verfassungsordnungen verwerten lässt, ohne im Einzelnen die „Inspiration“ begründen zu müssen.

Dieser Vorteil hat freilich einen Preis. Nicht wenige Beobachter sehen keine verlässlichen Kriterien, die es erlauben, vorher zu sagen, was der EuGH aus den nationalen Verfassungstraditionen als Recht bzw. Grundsatz übernimmt.<sup>20</sup> Dies leitet über zur Kritik am EuGH im vorliegenden Kontext.

## *II. Kritik – das Fallbeispiel Mangold (2005)*

Für die Kritik an der wertenden Rechtsvergleichung und am Umgang des EuGH mit den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten kann der Streit um das EuGH-Urteil in der Rechtssache *Mangold* (2005)<sup>21</sup> als paradigmatisch angesehen werden. In dieser Rechtssache ging es um die Befristung von Arbeitsverhältnissen für ältere Arbeitnehmer nach dem Teilzeitbefristungsgesetz, also um Ausnahmen vom Kündigungsschutzrecht im deutschen Recht. Der EuGH beanstandete diese Regelung und argumentierte dabei mit einem in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten enthaltenen allgemeinen Verbot der Diskriminierung wegen des Alters, der Sache nach mit einem Grundrecht auf Schutz vor altersbezogener Diskriminierung.

In der publizistischen Kritik an dieser Entscheidung hieß es, ein solcher

Grundsatz sei frei erfunden. Lediglich in zwei der (damals 25) Mitgliedstaaten – Finnland und Portugal – sei ein Verbot der Diskriminierung wegen des Alters in der Verfassung erwähnt, so wurde behauptet.<sup>22</sup>

Der empirische Befund, dass ein Grundrecht auf Schutz vor Altersdiskriminierung nicht explizit in einer deutlichen Mehrheit der mitgliedstaatlichen Verfassungen bestand, dürfte nicht zu leugnen sein. Allerdings ging es in dem Fall auch um die Frage der horizontalen Wirkung von Richtlinien, und darum, was im konkreten Fall gemeinsame Verfassungstraditionen ausmacht. Darüber lässt sich streiten. Ein Gleichheitssatz, wie ihn Art. 3 GG enthält, dürfte in allen modernen Verfassungsordnungen zur Grundausstattung gehören. Letztlich hat sogar das gestrenge BVerfG dem EuGH nicht offen widersprochen.<sup>23</sup> Der Denkfehler, der gerade in dieser Debatte zu beobachten ist, war, dass man den europäischen Grundrechtsschutz für einen abgeleiteten Grundrechtsschutz hält und deswegen seinen Charakter als autonomen Grundrechtsschutz verkennt. Mit der Honeywell-Entscheidung von 2010 hat das BVerfG klargestellt, dass die *Mangold*-Entscheidung jedenfalls kein ausbrechender Rechtsakt im Sinne einer unzulässigen Kompetenzüberschreitung durch den EuGH war.

Diese Entscheidung markiert einen Haltepunkt in der kritischen Diskussion um die Wertungselemente bei der Verwendung der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen durch den EuGH.

### *III. Einordnung*

#### 1. Unschärfen

Die Präzision eines Konzeptes, in dem es um „Inspiration“ geht, sollte man nicht an übersteigerten Anforderungen messen. Entsprechend ist der Widerstand gegen den Ansatz des Gerichts in der Gesamtschau auch begrenzt geblieben.

Es spricht einiges dafür, dass die Berücksichtigung einer Grundrechtserfahrung durch den EuGH umso wahrscheinlicher ist, je detaillierter und ausgereifter eine nationale Grundrechtsgewährleistung ist.

Wenig überraschend ist dabei, dass der EuGH nicht in einem schlichten

Copy-Paste-Modus vorgeht. Der EuGH wird in aller Regel nicht versuchen, dogmatische Konzepte aus den Mitgliedstaaten zu übernehmen. Beispielsweise wird man nicht das spezifische Verhältnismäßigkeitskonzept, das sich in Deutschland für Berufswahl und Berufsausübung entwickelt hat, importieren. Schlichte Transplantate funktionieren nicht oder nicht gut, weil sie den Gesamtkontext der Grundrechtsgewährleistung ausblenden. Das gilt sowohl für den historisch-sozialen Kontext wie für den sonstigen Verfassungskontext. Die Feinstrukturen dogmatischer Konzepte sind in aller Regel historisch bedingt und auf spezifische Verfassungszusammenhänge zugeschnitten. Die Verfassungstraditionen helfen dem EuGH allenfalls, ein Grundrechtsthema zu identifizieren.

## 2. Rechtsvergleichende Substanz<sup>24</sup>

Grundsätzlicher ist die Kritik, die eine unzureichende Transparenz und Nachvollziehbarkeit der rechtsvergleichenden Anstrengungen des EuGH beanstandet. Zugebenermaßen findet sich in den Urteilstexten des EuGH in aller Regel wenig Vergleichendes. Der EuGH zitiert keine nationalen Gerichtsentscheidungen, allenfalls Judikate des EGMR. Letzteres erklärt sich durch die hervorgehobene Rolle der EMRK bei der Ermittlung allgemeiner Rechtsgrundsätze (s. oben). Der EGMR setzt Rechtsvergleich demgegenüber verstärkt ein, und zwar im Kontext der Ermittlung von Minimumstandards und allgemein anerkannten Prinzipien.<sup>25</sup>

Der Blick nur auf das Endprodukt, den veröffentlichten Urteilstext eines EuGH-Urteils, wird der Tätigkeit des EuGH indessen nicht gerecht. Zunächst einmal sind EuGH-Urteile traditionell kurz und knapp. Sie stehen in der französischen kartesischen Tradition eines Gerichts, das ohne Umstände verkündet, was rechtens ist, ohne allzu viele Hinweise zur Begründung zu geben und dies insbesondere ohne abweichende Meinungen oder Sondervoten, anders als etwa anglo-amerikanische Urteile, die weitaus narrativer sind.

Genauer besehen ist die komparative Substanz von EuGH-Entscheidungen weitaus größer, als es aus dem Urteilstext ersichtlich wird.<sup>26</sup> Auf Anfrage der Richter erstellt die Generaldirektion Wissenschaftliche Dienste und Dokumentation des Gerichtshofs umfassende rechtsvergleichende Studien.

Solche Studien sind die Grundlage für EuGH-Urteile, bleiben dabei aber im Urteilstext unsichtbar und werden weder veröffentlicht noch zitiert. Neben diese Studien treten die Schlussanträge des Generalanwaltes, die nicht selten ebenfalls – und dann sichtbarer dokumentiert – rechtsvergleichende Elemente aufweisen. Und schließlich ergeben sich aus dem Parteivortrag im Verfahren, aus Äußerungen der Mitgliedstaaten oder auch des Juristischen Dienstes der Kommission weitere rechtsvergleichende Hinweise, auch für den EuGH.

Vor diesem Hintergrund erscheint der EuGH in einer nachgerade einzigartigen Position mit nahezu optimalen Bedingungen für Rechtsvergleich. Eine umfassende Übersetzungsinfrastruktur beseitigt die sonst bestehenden Sprachbarrieren und kann im Prinzip jeden Rechtstext gleich welcher Sprache für die Richter zugänglich machen. Daneben bestehen auch einzigartige soziologische Bedingungen am Gerichtshof: Das für das Verständnis im Rechtsvergleich nahezu unabdingbare Kontextualisieren von Texten wird beim EuGH dadurch vereinfacht, dass zumindest ein Vertreter einer Mitgliedstaatenrechtsordnung verfügbar ist, nämlich jedenfalls ein Richter pro Mitgliedstaat. Daneben werden aber in aller Regel weitere auf der Mitarbeiterebene bestehen. Es ist kaum ein Ort vorstellbar, an dem so viele Juristen aus den 28 Mitgliedstaaten zusammen an Rechtsfragen arbeiten.<sup>27</sup> Dies ermöglicht nicht zuletzt den schwer messbaren kontinuierlichen, spontanen informellen Rechtsvergleich nebenher, Im Gespräch, auf den Fluren des EuGH, ohne dass man umfangreiche und entsprechend langwierige Ausarbeitungen abwarten müsste.

### 3. Offene Fragen

Gleichwohl bleiben selbst unter solchen nahezu optimalen Bedingungen für den Rechtsvergleich offene Fragen. Trotz der Ressourcen des EuGH ist der Kompletvergleich von 28 Mitgliedstaatenrechtsordnungen auch beim EuGH offenbar die Ausnahme. Dies mag damit erklärbar sein, dass mit der Anzahl der erfassten Rechtsordnungen auch der Zeitaufwand für den Vergleich steigt. Und für einen bestimmten vom EuGH zu entscheidenden Fall wird die Erfassung sämtlicher Mitgliedstaaten in aller Regel nicht zwingend erforderlich sein. Welche Rechtsordnungen für einen Fall von Interesse sind, ergibt sich in aller Regel dadurch, dass die entsprechenden

Mitgliedstaaten sich an dem Verfahren beteiligen und ihre Rechtsordnung erläutern.

Was aber, wenn die Beschreibung der Mitgliedstaaten von der seitens des Gerichtshofs ermittelten Rechtslage abweicht? Konflikte können auch an anderer Stelle auftreten, wenn beispielsweise ein deutlicher Gegensatz zwischen gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen einerseits und den internationalen Menschenrechtsschutzverträgen, etwa der EMRK, andererseits deutlich wird.

Auch mit Blick auf die Einordnung solcher Problemlagen erscheint es wünschenswert, dass der EuGH sein rechtsvergleichendes Wissen zugänglicher macht. Zumindest die vorbereitenden Materialien, die derzeit intern bleiben, sollten öffentlich zugänglich sein. Dies erscheint als Gebot der Transparenz, aber auch als Beitrag zum rechtsvergleichenden Wissensbestand.

Die Beobachtung, dass selbst unter den nahezu optimalen Bedingungen des EuGH ungeklärte Problemstellungen bleiben, indiziert, dass Verfassungsvergleich stets mit einer Restunschärfe behaftet sein wird. Es wird immer eine Restunsicherheit geben, ob die maßgeblichen Rechtsordnungen in den Verfassungsvergleich aufgenommen wurden und ob das in Rede stehende Recht zutreffend erfasst und angemessen kontextualisiert wurde. Diesen Umstand offen anzusprechen und einzuordnen dürfte die beste Antwort auf die pauschalen Vorwürfe von „Willkürlichkeit“ (Udo Di Fabio) sein.<sup>28</sup>

Widerstände gegen Verfassungsvergleich mögen sich gelegentlich nicht nur mit dem Generalverdacht einer „Willkürlichkeit“ erklären, sondern auch mit dem Verdacht einer taktischen Verwendung von rechtsvergleichenden Argumenten. In der Tat lässt sich nicht ausschließen, dass Rechtsvergleich als eine Art Rationalitätsschirm eingesetzt wird, mit dem Präferenzen und Vorfestlegungen kaschiert werden. Umso mehr sind Nachvollziehbarkeit und Transparenz unabdingbar, um dem Argument von Beliebigkeit, Pseudo-Rationalität und verdeckten Agenden zu begegnen. Dies schließt das offene Ansprechen und in gewissem Umfang Hinnehmen von Zufallselementen in der Rechtsvergleichung ein.<sup>29</sup>

Insofern erweist sich die Formel des EuGH von ‚Hinweisen‘ und ‚Inspiration‘ als zutreffend, weil sich darin die – wohl zwangsläufige –



Unvollständigkeit von Rechtsvergleich abbildet. Daneben gelingt dem EuGH mit dem Konzept der wertenden Rechtsvergleichung die Verarbeitung fortbestehender Divergenzen zwischen den Grundrechtstraditionen, indem er das Gemeinsame betont, ohne Divergenzen zu thematisieren.

#### *IV. Zwischenbefund*

Über das Wertungselement in der Rechtsvergleichung lassen sich Divergenzen in den Grundrechtsbeständen der Mitgliedstaaten auffangen. So gestattet der dynamisch (wertend) angelegte Rückbezug auf den Grundrechtsschutz in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten die Konzentration auf neuere Textstufen und neuere Entwicklungen im mitgliedstaatlichen Grundrechtsschutz. Namentlich die Verfassungen der zuletzt beigetretenen Mitgliedstaaten sind jüngeren Datums und greifen dementsprechend auch jüngere Grundrechtstrends auf, nicht zuletzt hin zu mehr sozialen Grundrechten. Die wertende Rechtsvergleichung ermöglicht damit auch die kontinuierliche Modernisierung der europäischen Grundrechtsordnung. Und im Idealfall wirkt dies dann auf die Mitgliedstaaten zurück. So lässt sich auch der weitere Verlauf der *Mangold*-Geschichte verstehen: Nach der intensiven Diskussion um den Bestand oder Nichtbestand eines Grundrechts auf Schutz vor Altersdiskriminierung ist auch in Deutschland eine diesbezügliche Sensibilität gewachsen und sind Altersgrenzen auf den Prüfstand geraten.<sup>30</sup>

Soweit die Rechtserkenntnisdimension der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen.

### **C. Kodifizierungsdimension**

#### *I. Vertrag von Maastricht 1992*

Mit dem Vertrag von Maastricht 1992 wurde der richterrechtliche Grundrechtsschutz einschließlich der ‚gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen‘ erstmals in den Verträgen sichtbar gemacht. In Art. F Abs. 2 EUV heißt es wörtlich:

„Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“

Mit dieser Vertragsänderung konnte der EuGH nun endlich auch eine primärrechtliche Stütze für die Inanspruchnahme der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten vorweisen.

## *II. Vertrag von Lissabon 2009*

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 wurde das Konzept von richterrechtlich entwickelten EU-Grundrechten als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze in Art. 6 Abs. 3 EUV verankert. Wörtlich heißt es nun, wieder unter Bezugnahme auf ‚gemeinsame Verfassungsüberlieferungen‘:

„Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

Zugleich wird die Charta der Grundrechte von 2000 mit einem Verweis in Art. 6 Abs. 1 EUV auf die gleiche Rangstufe wie das Vertragsrecht gestellt und rechtsverbindlich.

## *III. Die Charta und die richterrechtlich entwickelten Grundrechte*

Die Charta will Ausdruck eines gemeinsamen Grundrechtsstands in der EU sein. In der Präambel wird dieser Anspruch deutlich gemacht: Wörtlich heißt es:

„Diese Charta bekräftigt [unter Achtung der Zuständigkeiten und Aufgaben der Union und des Subsidiaritätsprinzips] die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen ... ergeben“.

Ist diese Kodifizierung zugleich auch das Ende des richterrechtlichen Grundrechtsschutzes? Schließlich war die Suche nach den Grundrechten als Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze (s. oben) im Ausgangspunkt eine Antwort auf die Leerstelle im Primärrecht. Mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta, so könnte man argumentieren, besteht für richterrechtlich entwickelte Grundrechte keine Notwendigkeit mehr.

Die Charta ersetzt indessen die allgemeinen Rechtsgrundsätze nicht. Art. 6 Abs. 3 EUV sichert den Fortbestand der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze (s.o., II.).<sup>31</sup>

Das Verhältnis zwischen den beiden europäischen Grundrechtsbeständen – allgemeine Rechtsgrundsätze einerseits, Chartagrundrechte andererseits – ist in Art 6 EUV nicht eindeutig bestimmt. Es ist auch in der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Manches spricht für eine Duplizierung des unionalen Grundrechtsschutzes, mit wechselseitiger Auffangfunktion.

Jedenfalls ist die Bezugnahme auf die allgemeinen Rechtsgrundsätze mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta nicht präkludiert. Auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon und Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte-Charta bezieht sich der EuGH in seiner Rechtsprechung weiter auf die Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze und auf diesbezügliche gemeinsame Verfassungsüberlieferungen. Die Anzahl der entsprechenden Entscheidungen liegt – seit Dezember 2009 – im zweistelligen Bereich.<sup>32</sup>

#### *IV. Die Wiederkehr der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen*

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen kehren ansonsten mit dem Vertrag von Lissabon in der Auslegungsregel des Art. 52 Abs. 4 Charta der Grundrechte wieder. Dort heißt es:

„Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.“

Nach den Erläuterungen zur Grundrechte Charta<sup>33</sup> ist damit Folgendes gemeint:

„Die Auslegungsregel in Absatz 4 beruht auf dem Wortlaut des Artikels 6 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union und trägt dem Ansatz des Gerichtshofs hinsichtlich der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen gebührend Rechnung (z. B. Urteil vom 13. Dezember 1979, Rechtssache 44/79, Hauer, Slg. 1979, 3727; Urteil vom 18. Mai 1982, Rechtssache 155/79, AM&S, Slg. 1982, 1575).“

Weiter heißt es:

„Anstatt einem restriktiven Ansatz eines „kleinsten gemeinsamen Nenners“ zu folgen, sind die Charta-Rechte dieser Regel zufolge so auszulegen, dass sie ein hohes

Schutzniveau bieten, das dem Unionsrecht angemessen ist und mit den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen im Einklang steht.“

Es bestätigt sich, dass es auch bei der Charta um wertende Rechtsvergleichung geht, und nicht um Schutzbereichsmengenlehre.

Art. 52 Abs. 4 GRCh ist dabei offener formuliert als Art. 52 Abs. 3 GRCh, der von der EMRK handelt: Die Charta-Grundrechte haben nicht die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ wie die Verfassungsüberlieferungen, sondern sollen nur „im Einklang mit diesen Überlieferungen“ ausgelegt werden.<sup>34</sup>

Die Funktion dieses Artikels erschließt sich indessen trotz der Erläuterungen nicht ohne weiteres. In der ursprünglichen, noch rechtlich unverbindlichen Fassung der Charta von 2000 enthält Art. 52 GRCh den Hinweis auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten noch nicht. In der Arbeitsgruppe II des Verfassungskonvents, der den Verfassungsvertrag ausarbeitete, wurde der ergänzende Hinweis auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen für die Fälle für sinnvoll erachtet, in denen eine Orientierung an der EMRK nach Art. 52 Abs. 3 GRCh nicht möglich ist, weil dort Vorgaben fehlen.<sup>35</sup> Wörtlich heißt es in dem Abschlussbericht der Arbeitsgruppe:

„Die Gruppe betont, dass die Charta tief in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten verwurzelt ist, die in der Arbeit des vorherigen Konvents in beeindruckender Weise miteinander verknüpft worden sind. Die umfassende in Artikel 6 Absatz 2 EUV bekräftigte Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf die von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen abgeleiteten Grundrechte stellt eine bedeutende Quelle für zahlreiche der in der Charta anerkannten Rechte dar. Um die Bedeutung dieser Wurzeln hervorzuheben und im Interesse einer reibungslosen Einbeziehung der Charta als rechtsverbindliches Dokument, schlägt die überwiegende Mehrheit der Gruppe vor, eine Auslegungsregel in die Allgemeinen Bestimmungen (siehe Artikel 52 Absatz 4 in der Anlage) aufzunehmen.

Die Rechtsprechung trägt bisher zum Verständnis des Art. 52 Abs. 4 wenig bei. Immerhin hat GA Cruz Vilallón in der Rs. *Åkerberg Fransson* 2013 auf den Befund einer höchst uneinheitlichen Rechtslage zu *ne bis in idem* in den Mitgliedstaaten mangels gemeinsamer Verfassungstraditionen eine autonome Auslegung von Art. 50 für die europäische Ebene vorgeschlagen.<sup>36</sup> Der EuGH hat das nicht thematisiert.

## V. Zwischenbefund

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen haben weiterhin ihren festen Platz im Europarecht. Hier hat sich mit Verbindlichkeit der Charta auch keine Abschwächung ergeben. Dies mag sich auch darin äußern, dass im EuGH nach wie vor in der zuständigen Generaldirektion umfangreiche Analysen dazu gefertigt werden, wie die nationale Rechtslage ist, um die Formulierung übergreifender Regeln zu ermöglichen (s. o.).

Auch hier gilt, dass sich über das Wertungselement in der Rechtsvergleichung Divergenzen in den Grundrechtsbeständen auffangen lassen. Dieses Element im Verhältnis von mitgliedstaatlichen Grundrechten zu Unionsgrundrechten ist mit der Charta ebenfalls kodifiziert worden.

## **D. Abwehrdimension**

In jüngerer Zeit gerät das Thema der mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen unter einem weiteren Aspekt in den Blick, und dieser Aspekt hat mit Abwehr von Grenzüberschreitungen, mit einer Abwehrrichtung gegen das Unionsrecht, zu tun. Es geht nun nicht mehr um das Gemeinsame und Verbindende, um daraus einen übergreifenden, europäischen Grundrechtsschutz zu generieren oder gar zu kodifizieren. Vielmehr wird auf Verteidigung und Abgrenzung geachtet. Divergenzen treten offen zu Tage. Entsprechende Beobachtungen lassen sich im Hinblick auf von einzelnen Mitgliedstaaten unternommene Absatzbewegungen machen (dazu I.), deren Motive sich in Teilen auf eigene besondere Verfassungstraditionen beziehen (II.). Daneben besteht aber auch eine Diskussion um eine strukturelle Grenzziehung, bei der nationale Grundrechtsgewährleistungen als Teil der nationalen Verfassungsidentität identifiziert und damit europarechtsfest gemacht werden (dazu III.).

### *I. Einzelkonflikte mit mitgliedstaatlichen Traditionen?*

Die Kodifikationsfunktion der Charta erschöpft sich nicht in der Dokumentation von Konsens und Übereinstimmung. Sie dokumentiert auch, wo einzelne Mitgliedstaaten den Konsens verweigern, und zwar in einschlägigen Erklärungen und Protokollen, die dem Vertrag von Lissabon

beigefügt sind.<sup>37</sup>

Zwei einseitige Erklärungen Polens lassen bereits erkennen, dass Polen offenbar besondere Probleme mit der Grundrechte-Charta hatte.<sup>38</sup> Daneben setzte die britische Regierung sogar ein Protokoll – also keine Erklärung, sondern ein Protokoll als Text mit Primärrechtscharakter<sup>39</sup> – durch, das für Großbritannien Sonderregeln enthält. Polen schloss sich dem Protokoll im Verlaufe des Sommers 2007 an.

Im Ringen um die Ratifikation des Vertrags von Lissabon in Tschechien und zur Überwindung des Widerstandes des dortigen seinerzeitigen Präsidenten *Klaus* gegen die Ratifikation verständigte man sich 2009 im Europäischen Rat darauf, auch Tschechien in das Protokoll aufzunehmen. Das für eine Protokolländerung erforderliche Vertragsänderungsverfahren wurde 2011 förmlich eingeleitet. Im Februar 2014 beschloss Tschechien – unter neuer politischer Führung –, das Verfahren nicht fortzusetzen.<sup>40</sup>

Wörtlich heißt es in dem Protokoll:

„Artikel 1

(1) Die Charta bewirkt keine Ausweitung der Befugnis des Gerichtshofs der Europäischen Union oder eines Gerichts Polens oder des Vereinigten Königreichs zu der Feststellung, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften, die Verwaltungspraxis oder -maßnahmen Polens oder des Vereinigten Königreichs nicht mit den durch die Charta bekräftigten Grundrechten, Freiheiten und Grundsätzen im Einklang stehen.

(2) Insbesondere – und um jeden Zweifel auszuräumen – werden mit Titel V der Charta<sup>41</sup> keine für Polen oder das Vereinigte Königreich geltenden einklagbaren Rechte geschaffen, soweit Polen bzw. das Vereinigte Königreich solche Rechte nicht in seinem nationalen Recht vorgesehen hat.

Artikel 2

Wird in einer Bestimmung der Charta auf das innerstaatliche Recht und die innerstaatliche Praxis Bezug genommen, so findet diese Bestimmung auf Polen und das Vereinigte Königreich nur in dem Maße Anwendung, in dem die darin enthaltenen Rechte oder Grundsätze durch das Recht oder die Praxis Polens bzw. des Vereinigten Königreichs anerkannt sind.“

In der Sache erscheint es zunächst als hochproblematisch, dass sich ein Mitgliedstaat von Bindungen an die europäischen Grundrechte losmachen können soll. Die Achtung der Grundrechte ist schließlich Beitritts- und Bleibevorraussetzung für die Mitgliedstaaten (vgl. Art. 2, 49 EUV). In einer grundsätzlich auf gleiche Rechte ausgerichteten Rechtsgemeinschaft ist ein

solcher Zustand eigentlich nicht haltbar. Und auch wenn Reziprozität sogar im völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz keine Rolle mehr spielt, so stellt sich doch gerade in der unionsrechtlichen Konstellation die Frage, ob ein Mitgliedstaat wie Frankreich, der Hoheitsrechte an die EU nur unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit abtritt (Art. 88-1 ff. Französische Verfassung), eine solche Rechtsungleichheit zulassen kann.<sup>42</sup>

Die Gegenseitigkeitsproblematik wird besonders deutlich, wenn man sich klar macht, dass nach dem Protokoll britische und polnische Unionsbürger – und Unternehmen – sich ihrerseits in allen Mitgliedstaaten bis auf die eigenen weiter auf die Charta berufen können. Das britische bzw. polnische Sonderregime in Sachen europäischer Grundrechtsschutz erfasst wegen des in der Regel für die Anwendung von Europarecht erforderlichen grenzüberschreitenden Bezugs vor allem die *ausländischen* Unionsbürger und Unternehmen, die in Großbritannien oder Polen europäische Grundrechte geltend machen wollen, nicht die Einheimischen.

## *II. Motivsuche*

Es stellt sich die Frage, was die britische und polnische Grundrechtsabneigung, wie sie in dem Protokoll scheinbar zum Ausdruck kommt, motiviert.<sup>43</sup> Neben mindestens einem rechtlichen Motiv (dazu 1.) finden sich Erklärungselemente, die auf innerbritische bzw. innerpolnische Befindlichkeiten hindeuten (dazu 2. und 3.).

### **1. Rechtliches Motiv: Der Kampf gegen die *ERT*-Rechtsprechung des EuGH**

Auf einer rechtlichen Ebene erscheint die Opposition zur *ERT*-Rechtsprechung des EuGH als plausibelstes Motiv für den anhaltenden britischen Widerstand gegen die Charta. Der Hintergrund ist die EuGH-Rechtsprechung zur Reichweite des Europarechts: Bekanntlich richten sich die europäischen Grundrechte vorrangig an die europäischen Einrichtungen und Organe.<sup>44</sup> Jedoch haben sich im Laufe der Zeit in der Rechtsprechung des EuGH bestimmte Fallgruppen entwickelt, in denen ausnahmsweise auch einmal die Mitgliedstaaten durch europäische Grundrechte gebunden sind.

Dies ist einmal bei der Durchführung und Umsetzung des Europarechts der



Fall, zum anderen dann, wenn sich die Mitgliedstaaten „im Anwendungsbereich“ des Europarechts betätigen.<sup>45</sup> Letzteres war offenbar der aus britischer Sicht problematische Fall. Es geht dabei im Ausgangspunkt typischerweise um Konstellationen, in denen Mitgliedstaaten Ausnahmen von den Verpflichtungen auf die Grundfreiheiten geltend machen, beispielsweise aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Gesundheit und Sicherheit keine Niederlassungsfreiheit gewähren wollen.

Zwar sind öffentliche Ordnung, Gesundheit und Sicherheit in den Mitgliedstaaten gerade keine positiven Kompetenzbereiche der EU, eben weil die Mitgliedstaaten hier selber bestimmen wollen. Andererseits müssen Ausnahmen zu den Grundfreiheiten einheitlich gehandhabt werden, deswegen sind diese Ausnahmen im Lichte der europäischen Grundrechte auszulegen, so der EuGH.

Das Argument der einheitlichen Rechtsanwendung verdient Zustimmung. Nicht zuletzt weil die Mitgliedstaaten im Bereich der Ausnahmen zu den Grundfreiheiten ohnehin ihre eigenen Grundrechte und jedenfalls die EMRK beachten müssen, erscheint diese europarechtliche Vorgabe auch im Interesse des Einzelnen zu liegen.

Gleichwohl darf das Postulat einer Bindung der Mitgliedstaaten an europäische Grundrechte in ihrem Spannungspotenzial nicht unterschätzt werden. Das ergibt ein Blick in die Verfassungsgeschichte. In den USA hat es letztlich erst der Ausgang des Bürgerkriegs ermöglicht, durch einen Verfassungszusatz klar zu stellen, dass die Einzelstaaten an die Grundrechte der US-Bundesverfassung gebunden sind. Es können bei einer derartigen Bindung in nicht-unitarischen Systemen erhebliche zentripetale Kräfte freigesetzt werden, wie sich auch an der Grundrechtsrechtsprechung des BVerfG ermessen lässt.

Vielleicht ist es lediglich ein unglücklicher Zufall, dass ausgerechnet Großbritannien mit Fällen wie dem *Carpenter*-Fall<sup>46</sup> immer wieder prominent von der Bindung an die europäischen Grundrechte im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, also bei der Geltendmachung von Ausnahmen zu den Gewährleistungen der Grundfreiheiten, betroffen war.

Art. 51 GRCh beantwortet an sich die Adressatenfrage. Und insbesondere

auf britisches Drängen ist Art. 51 GRCh so gefasst, dass die Mitgliedstaaten allenfalls bei der Durchführung des Unionsrechts an die Charta gebunden sind, nicht bereits wenn sie sich im Anwendungsbereich des Unionsrechts befinden. Allerdings verweisen die Erläuterungen zur Charta<sup>47</sup> u.a. auch auf die Rs. *ERT*. Aus britischer Sicht war damit wohl die Limitierung der Reichweite der Charta schlicht nicht gewährleistet.

Die nachfolgende Rechtsprechung des EuGH insbesondere in der Rs. *Åkerberg Fransson* (2013)<sup>48</sup> hat dann in der Tat keine Beschränkung der Reichweite europäischen Grundrechtsschutzes vorgenommen, sondern Art. 51 GRCh – zutreffend – in einer Fortführung der *ERT*-Rspr. ausgelegt.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich freilich, dass der Widerstand Großbritanniens bzw. Polens mittels eines Protokolls zur Charta gegen eine Bindung der Mitgliedstaaten an die europäischen Grundrechte im Anwendungsbereich des Europarechts weitgehend ins Leere geht. Was immer man zur Charta erklärt: jedenfalls gilt, dass die allgemeine Verpflichtung auch der Mitgliedstaaten auf die Grundrechte nach Art. 6 Absatz 3 EUV, die richterrechtliche Komponente des europäischen Grundrechtsschutzes, bestehen bleibt.

Letztlich lässt auch der Wortlaut des Protokolls eine Reihe von Auslegungsspielräumen, die britische und polnische Gerichte nutzen können. Beispielsweise ist die Rede davon, dass Befugnisse des EuGH und der britischen/polnischen Gerichte nicht *ausgeweitet* werden – dies impliziert einen Status quo, in dem bereits Befugnisse bestehen. Dass der Wortlaut des Protokolls entgegen der vielfach verwendeten Formel vom „Opt-out aus der Charta“ ein solches eigentlich gar nicht hergibt, ist bereits im Oktober 2007 auch im britischen Parlament durch die britische Regierung eingeräumt worden, und zwar in einem Bericht des House of Commons European Scrutiny Committee.<sup>49</sup>

## 2. Sonstige Motive für den britischen Widerstand gegen die Charta

Von britischer Seite ist auch mit den eigenen Verfassungstraditionen versucht worden, gegen die Charta anzuargumentieren. Die Behauptung, das britische Common Law sei besonders schwer mit den Vorgaben einer Charta zu vereinbaren,<sup>50</sup> überzeugt indessen nicht. Schließlich bestehen

gerade im Bereich der Individualrechte ab der Magna Charta von 1215 noch am ehesten verfassungsrechtliche Kodifikationstraditionen. Deutlich plausibler erscheint vielmehr die Vermutung, dass regierungsseitig mit Blick auf die intergouvernementale Zusammenarbeit ein geringes Interesse an mehr Berechtigungen für den Einzelnen besteht, und dass außerdem Interessengruppen, namentlich der Industrie und der Juristen,<sup>51</sup> ihren Einfluss geltend gemacht haben. Für den Einzelnen in Großbritannien sollte es eigentlich nicht nachvollziehbar sein, warum die eigene Regierung den Grundrechtsschutz verkürzt, zumal wenn sich dieser Grundrechtsschutz im Grundsatz gegen die in Großbritannien doch weithin eher skeptisch beäugte europäische Hoheitsgewalt richtet.

### 3. Die polnische Motivation für die Beteiligung am Grundrechte-Protokoll

Die Entscheidung der polnischen Regierung, sich dem Protokoll anzuschließen, entzieht sich damals wie heute einer rationalen Rekonstruktion. Insbesondere finden sich in der Charta keine Verpflichtungen für die Mitgliedstaaten, gleichgeschlechtliche Verbindungen als Ehe anerkennen zu müssen, und die Wiedereinführung der Todesstrafe wäre auch ohne die Charta mit der Mitgliedschaft in der EU nicht vereinbar. Diese beiden Punkte scheinen bei einigen Akteuren in Polen eine Rolle gespielt zu haben.<sup>52</sup> Polen hat sich immerhin mit einer Erklärung zur Bedeutung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte der Charta vor dem Hintergrund „der sozialen Bewegung der ‘Solidarność’ und ihres bedeutenden Beitrags zur Erkämpfung von Sozial- und Arbeitnehmerrechten“ von der Kritik genau dieser Grundrechte im von den Briten konzipierten Protokoll distanziert.<sup>53</sup>

Die im November 2007 in Polen ins Amt gelangte Regierung *Tusk* erklärte entgegen anderslautender Ankündigungen vor der Wahl mit Blick auf die erforderlichen Ratifikationsmehrheiten, dass sie die durch die Vorgängerregierung *Kaczynski* beschlossene Beteiligung Polens an dem Protokoll bis auf weiteres nicht rückgängig machen werde, und ist dann auch so verfahren.

### 4. Zwischenergebnis: Grenzen der Wertegemeinschaft?

Das Protokoll ist nicht nur eine Einladung dazu, grundrechtliche

Sonderwege zu beschreiten. Man könnte ihm auch eine Absage an eine gemeinsame Wertebasis der EU entnehmen. Für das Konzept der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen hat es indessen keine Relevanz. Dass auch in Großbritannien beispielsweise die Pressefreiheit geschützt wird und dies in eine wertende Rechtsvergleichung (s. oben) einfließen kann, wird durch das Protokoll nicht berührt.

Ärgerlich bleibt, dass ausgerechnet die britische Regierung in Konvent und anschließender Regierungskonferenz bereits Änderungen an Art. 51 GRCh (2000) bzw. Art. II-111 VVE (Bindung der Mitgliedstaaten) veranlasst hatte. Es ist nicht recht plausibel, warum diese Zugeständnisse an Großbritannien trotz der Charta-Ausnahme für Großbritannien Bestand gehabt haben. Man hätte nach dem britischen Beharren auf einem Protokoll zumindest zum Chartatext von 2000, wie ihn der erste Konvent ausgearbeitet hatte, zurückkehren sollen, anstatt die Charta Ende 2007 mit den zwischenzeitlich durch Großbritannien erzwungenen Änderungen neu zu verkünden.

Immerhin: Mit dem Ansatz, durch ein auf Primärrechtsebene angesiedeltes Protokoll Divergenzen in Grundrechtsfragen offen anzusprechen und als Thema darstellbar zu machen, haben die britisch-polnischen Widerstände gegen die Charta einen Beitrag für die weitere Entwicklung geleistet.

### *III. Strukturelle Grenzen? Grundrechte als Teil der Verfassungsidentität*

Divergenz kann bedeuten, dass Grundrechte der Mitgliedstaaten dem Europarecht entgegengehalten werden. Dies bleibt unter dem Aspekt des Vorranganspruchs des Unionsrechts dann unproblematisch, wenn eine entsprechende Grundrechtsgewährleistung auf europäischer Ebene besteht. So hat es der EuGH bereits in der Rs. *Internationale Handelsgesellschaft* betont.<sup>54</sup> Ohne Schaden für die Rechtsgemeinschaft ist es auch, wenn unklar bleibt, ob es auf eine mitgliedstaatliche oder eine unionsrechtliche Grundrechtsgewährleistung ankommt. Dafür ist die Rs. *Schmidberger*<sup>55</sup> ein Beispiel, in der sich die Grundfreiheiten des Binnenmarktes der Brennerautobahn-Nutzer einerseits und die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit derjenigen, die gegen die Autobahnnutzung protestierten, andererseits gegenüberstanden. Es ist auch unschädlich, wenn das mitgliedstaatliche Grundrechtsargument auf europäischer Ebene

dogmatisch anders verarbeitet wird: In der Rs. *Omega*<sup>56</sup> wurde der mitgliedstaatliche Verweis auf die Menschenwürdegarantie als Rechtfertigungsgrund für die tatbestandlich zu bejahende Beschränkung einer Grundfreiheit eingeordnet.

Höchst problematisch ist es dagegen, wenn ein Mitgliedstaat das Europarecht an den Grundrechten der eigenen Grundrechtsordnung misst und ihm dabei seine Wirkung nimmt. So hat es das BVerfG ab 1974 mit der Solange I-Entscheidung<sup>57</sup> unternommen. Ab 1986 und der Solange II-Entscheidung<sup>58</sup> ist dieser Prüfvorbehalt seitens des BVerfG zurückgenommen worden, allerdings so, dass eine Reaktivierung hypothetisch erscheint (dazu 1.). Wenn hinter Grundrechtsdivergenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der EU berechnete Schutzanliegen stehen, die sich aus Unterschieden in den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ergeben, dann bleibt dieser Ansatz unbefriedigend. Demgegenüber erscheint eine andere Entwicklung geeigneter, in europarechtsverträglicher Weise solche Schutzanliegen zum Ausdruck zu bringen. Ausgangspunkt ist dabei die in Art. 4 Abs. 2 EUV angelegte Grenzziehung. Danach achtet die Union nationale Identität der Mitgliedstaaten, die in ihren grundlegenden verfassungsmäßigen Strukturen zum Ausdruck kommt, mit anderen Worten: die Verfassungsidentität der Mitgliedstaaten, und damit möglicherweise auch bestimmte qualifizierte Grundrechtsgehalte (dazu 2.).

### 1. Das Beharren auf einem nationalen Schutzkonzept: Die Solange II-Rechtsprechung

Mit dem als „Solange II“ bekannt gewordenen Beschluss von 1986<sup>59</sup> hatte das BVerfG zu entscheiden, welcher Prüfungsmaßstab zur Gewährleistung eines effektiven europäischen Grundrechtsschutzes anzulegen ist: der des Grundgesetzes oder der aus den vom EuGH richterrechtlich entwickelten europäischen Grundrechten – die Charta existierte bekanntlich damals noch nicht.<sup>60</sup> Wörtlich heißt es, dass das BVerfG „seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab

der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen“ werde, „[s]olange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt“.<sup>61</sup>

Damit stellte das BVerfG bestimmte Anforderungen an den Grundrechtsschutzstandard auf europäischer Ebene auf: Es muss ein generell dem grundgesetzlichen Standard im Wesentlichen vergleichbarer Schutzstandard bestehen. Diese Formel ist heute in Art. 23 Abs. 1 GG auch kodifiziert. Nur dann macht das Gericht keinen Gebrauch von einer weiterhin im Grundsatz beanspruchten Kontrollkompetenz am Maßstab des Grundgesetzes.<sup>62</sup> Regelmäßig wird diese Entscheidung als Abkehr<sup>63</sup> von der vorangegangenen Solange I-Entscheidung interpretiert. Dies trifft nur zum Teil zu. Das BVerfG behält sich eine Prüfung ja vor, es wird nur die Schwelle zur Aktivierung dieser Prüfung deutlich höher gesetzt. Dies findet sich durch die grundrechtsbezogenen Passagen des Maastricht-Urteils von 1993<sup>64</sup> sowie den Bananenmarktbeschluss von 2000<sup>65</sup> im Wesentlichen bestätigt.<sup>66</sup> Letzterer etablierte für Richtervorlagen und Verfassungsbeschwerden das besondere Zulässigkeitsersfordernis „unzureichender Grundrechtsschutz auf EU-Ebene“;<sup>67</sup> einmalige Grundrechtsverstöße reichen dabei nicht aus, es müsste ein struktureller Grundrechtsverfall auf europäischer Ebene dargelegt werden. Damit war die Grundrechtsfrage „im Sinne nützlicher Pragmatik entschärft“.<sup>68</sup> Zugleich erscheint eine Re-Aktivierung des Grundrechtsschutzes durch das BVerfG nach der Solange II-Formel in der Gestalt des Bananenmarkt-Beschlusses mehr als hypothetisch: Gerade nach Inkrafttreten der Grundrechte-Charta ist nahezu ausgeschlossen, dass der generelle Grundrechtsschutzstandard auf europäischer Ebene absinkt, im Gegenteil.

Im Ergebnis stärkt die Solange II-Formel die Vision eines unitarischen Grundrechtsschutzes in der EU, in dem Grundrechtsgegensätze nur noch dann verarbeitet werden können, wenn es zu einem katastrophischen Grundrechtsverfall auf europäischer Ebene kommt.

## 2. Grundrechte als Teil der Verfassungsidentität?



Das grobe Kaliber der Solange II-Rechtsprechung wird möglicherweise der komplexen Grundrechtslage im europäischen Mehrebenensystem nicht mehr ohne weiteres gerecht. Nach der Solange II-Entscheidung hat das BVerfG seine Europa-Rechtsprechung an verschiedenen Stellen weiterentwickelt. Nachdem die Grundrechtsfrage befriedet schien, stand im Maastricht-Urteil<sup>69</sup> für das BVerfG die Frage der europäischen Kompetenzausübung und Kompetenzkontrolle im Vordergrund. Die dazu formulierte Ultra vires-Doktrin<sup>70</sup> handelt von einer bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle europäischer Kompetenzwahrnehmung. Kompetenzüberschreitende Akte der EU (Ultra vires-Akte) werden dabei einem verfassungsrechtlichen Kontrollvorbehalt unterstellt. Nun könnte hier auch die Grundrechtsfrage eine Rolle spielen, wenn man die Funktion von Grundrechten als Kompetenzschränken betont. Die Ultra vires-Kontrolle könnte mit einer solchen Argumentation freilich rasch zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle des BVerfG über das Unionsrecht mutieren. Folgerichtig hat das BVerfG in der Bananenmarktentscheidung<sup>71</sup> das Ultra vires-Argument im Grundrechtskontext zurückgewiesen.

Im Lissabon-Urteil bestätigte das BVerfG nicht nur das Konzept der Ultra vires-Kontrolle aus dem Maastricht-Urteil. Daneben entwickelte das BVerfG eine „Identitätskontrolle“.<sup>72</sup> Dies meint eine bundesverfassungsgerichtliche Prüfung, ob durch Unionsakte Übergriffe in den nicht übertragbaren Bereich der nationalen Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 iVm. Art. 1 und 20 GG) erfolgen. Das BVerfG beansprucht hier für sich die Möglichkeit, Unionsrecht für die deutsche Rechtsordnung unanwendbar erklären zu können.

Diese „Identitätskontrolle“ wird im vierten Leitsatz des Lissabon-Urteils wie folgt zusammengefasst:

„Darüber hinaus prüft das BVerfG, ob der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist (vgl. BVerfGE 113, 273 <296>). Die Ausübung dieser verfassungsrechtlich radizierten Prüfungskompetenz folgt dem Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, und sie widerspricht deshalb auch nicht dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV-Lissabon); anders können die von Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV-Lissabon anerkannten grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen souveräner Mitgliedstaaten bei fortschreitender Integration nicht gewahrt werden. Insoweit gehen die verfassungs- und



die unionsrechtliche Gewährleistung der nationalen Verfassungsidentität im europäischen Rechtsraum Hand in Hand.“<sup>73</sup>

Weiter heißt es:

„Die Identitätskontrolle ermöglicht die Prüfung, ob infolge des Handelns europäischer Organe die in Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärten Grundsätze der Art. 1 und Art. 20 GG verletzt werden. Damit wird sichergestellt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung gilt.“<sup>74</sup>

Und:

„Die Ermächtigung zur europäischen Integration erlaubt eine andere Gestaltung politischer Willensbildung, als sie das Grundgesetz für die deutsche Verfassungsordnung bestimmt. Dies gilt bis zur Grenze der unverfügbaren Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG).“<sup>75</sup>

„Das Grundgesetz ermächtigt den Gesetzgeber zwar zu einer weitreichenden Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union. Die Ermächtigung steht aber unter der Bedingung, dass dabei die souveräne Verfassungsstaatlichkeit auf der Grundlage eines Integrationsprogramms nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung und unter Achtung der verfassungsrechtlichen Identität als Mitgliedstaaten gewahrt bleibt und zugleich die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlieren.“<sup>76</sup>

Das Bundesverfassungsgericht schließt hier an ein Konzept aus dem Primärrecht in Art. 4 Abs. 2 EUV an. Nach dieser Bestimmung achtet die Europäische Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten, einschließlich der „grundlegenden politischen und verfassungsmäßigen Strukturen“.

Es verwundert nicht, dass es ein akademischer Beitrag aus Irland war, der aus dem Art. 4 Abs. 2 EUV inhärenten Schutz der grundlegenden nationalen Verfassungspräferenzen die Idee entwickelt hat, dass es die Rolle der nationalen letztinstanzlichen Gerichte sei zu entscheiden, was genau zu diesen grundlegenden Entscheidungen gehört, die vom Unionsrecht anerkannt und geschützt sind.<sup>77</sup> Es war nämlich das irische Protokoll zum Maastricht-Vertrag von 1992,<sup>78</sup> das zum ersten Mal die Idee kodifizierte, Verfassungsgehalte, die von einer besonderen Bedeutung für die betreffende Verfassung sind – hier das ausdrückliche Abtreibungsverbot der irischen Verfassung – gleichsam europarechtsfest zu machen. Das irische Protokoll kann als eine Art Blaupause angesehen

werden: Die Identitätsklausel des aktuellen EU-Vertrags nimmt den Ansatz aus dem irischen Protokoll auf und verallgemeinert ihn. Art. 4 Abs. 2 EUV lässt sich als eine Rücknahme des bedingungslosen Vorranganspruchs<sup>79</sup> und damit auch als Grenze der Einheitlichkeit des Unionsrechts deuten, die im Hinblick auf bestimmte verfassungsrechtlich besonders hervorgehobene mitgliedstaatliche Belange, die Teil der nationalen Verfassungsidentität sind, hinzunehmen ist.<sup>80</sup>

In den Mitgliedstaaten finden sich bereits vor dem Vertrag von Lissabon Ansätze, die die Idee einer nationalen Verfassungsidentität thematisieren und dabei nicht in Abwehrhaltung verharren, sondern die Idee nutzen, um eine Brücke zwischen dem europäischen und dem nationalen Verfassungsrecht zu bauen. So hat der französische Conseil Constitutionnel 2004 implizit und 2006 explizit erkennen lassen,<sup>81</sup> dass er die nationale Verfassungsidentität bei der konstruktiven Suche nach einer Grenze für den Vorrang des Europarechts heranzieht. Ein ähnlicher, konstruktiver Ansatz findet sich auch in einer Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts von 2004.<sup>82</sup> Sogar der EuGH hat 2010 begonnen, das Konzept der nationalen Verfassungsidentität aufzunehmen und es als Grenze der Reichweite des Unionsrechts zu thematisieren.<sup>83</sup>

Es geht hier um einen Ansatzpunkt, um mit einem Verbundbegriff<sup>84</sup> von der europäischen Ebene aus den Vorranganspruch gegenüber mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität zurückzunehmen.<sup>85</sup> Dabei darf freilich die im Grundsatz einheitliche Anwendung des Europarechts nicht gefährdet werden. Deswegen ist in diesem Zusammenhang eine restriktive Auslegung geboten.

Die Entscheidung, was als Teil der nationalen Verfassungsidentität im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EUV anzusehen ist und deswegen Schranken des Unionsrechts ausmacht, kann nicht unilateral getroffen werden. Hier ist ein Zusammenwirken der nationalen als auch der europäischen Gerichte notwendig, weil es sowohl um die Auslegung des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 2 EUV) wie auch des nationalen Verfassungsrechts geht.<sup>86</sup>

Das BVerfG hat in seiner historisch ersten Vorlage an den EuGH zu Aktivitäten der EZB Anfang 2014 eine andere Sichtweise dokumentiert. Die den Vorlagebeschluss tragenden sechs Richter des Zweiten Senats erwähnen zwar den EuGH in der OMT-Vorlageentscheidung im Kontext

der Verfassungsidentität. Genau besehen ist hier aber keine Rede von Kooperation. Die Richter erläutern, dass das BVerfG die Auslegung des relevanten Europarechts durch den EuGH in dessen Vorabentscheidung zugrunde legen wird, dass jedoch die „Feststellung des unantastbaren Kernbestandes der Verfassungsidentität und die Prüfung, ob die Maßnahme (in der vom Gerichtshof festgestellten Auslegung) in diesen Kernbestand eingreift“, dem BVerfG obliege.<sup>87</sup> Die sechs Richter geben sich dann große Mühe zu erklären, warum „sich die Identitätskontrolle im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG durch das BVerfG wesentlich von der Überprüfung des Art. 4 Abs. 2 Satz 1 EUV durch den Gerichtshof [unterscheidet]“.<sup>88</sup>

Dieses Verständnis von Identitätskontrolle ist alles andere als hilfreich und auch nicht überzeugend. Das BVerfG hätte hier die gemeinsame Verantwortung beider Gerichtsebenen hervorheben sollen, anstatt bestehende Unterschiede zu betonen. Eine Pflicht zur – notfalls erneuten – Vorlage an den EuGH besteht, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht unter Berufung auf die nationale Verfassungsidentität Unionsrecht unangewendet lassen will. Es geht dann nämlich vorrangig um die Auslegung des Art. 4 Abs. 2 EUV. Zugleich kann der EuGH nicht letztverbindlich Gehalte mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität definieren. Das Vorlageverfahren dient hier einem dialogischen Sichverständigen auf eine beiderseits akzeptable Grenzlinie.

Mitgliedstaatliche Grundrechtsgehalte können Teil der nationalen Verfassungsidentität sein, die das Unionsrecht achtet. Allerdings wird dies im Ausgangspunkt gerade nicht gemeinsame Verfassungsüberlieferungen betreffen, sondern mitgliedstaatspezifische Verfassungsüberlieferungen. Nicht ausgeschlossen ist damit freilich, dass in mehr als einem Mitgliedstaat gleichartige Grundrechtsgehalte bestehen, die unter Art. 4 Abs. 2 EUV fallen können.

Statt der – reichlich hypothetischen – Darlegung eines generellen Absinkens des Grundrechtsstandards unter den Integrationsstand von Solange-II lässt sich eine Grundrechtsverletzung mittlerweile sogar sehr viel wahrscheinlicher als Verletzung der Verfassungsidentität darstellen. Das BVerfG hätte das bei seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung und der Beeinträchtigung des Rechts auf

informationelle Selbstbestimmung versuchen können, hat dies jedoch nicht getan.<sup>89</sup> Erst der EuGH hat dann die Grundrechtsprobleme der Vorratsdaten-Richtlinie gerade noch rechtzeitig festgestellt und die Richtlinie für nichtig erklärt.<sup>90</sup>

Es wäre in Deutschland dann so, dass wir heute und auch künftig nicht nur einen nationalen Hüter der Grundrechte haben, sondern vielerlei Hüter auf nationaler, aber eben auch auf europäischer Ebene.<sup>91</sup> Es kommt auf deren konstruktives Zusammenwirken an.

#### *IV. Zwischenergebnis*

Soweit mitgliedstaatliche Grundrechtsgehalte als Teil mitgliedstaatlicher Verfassungsidentität verstanden werden können, können solche Grundrechtsgehalte dem Vorranganspruch des Unionsrechts Grenzen setzen. Sie markieren damit auch eine Grenze für die Annahme gemeinsamer Verfassungsüberlieferungen und sind Ausdruck grundrechtlicher Divergenz. Das ist an sich auch aus Sicht des Unionsrechts nicht zu beanstanden, weil das Unionsverfassungsrecht auch hier nicht auf Homogenität fixiert ist. Um den grundrechtlichen Zusammenhalt in der EU zu sichern, bedarf es indessen eines kooperativen Zusammenwirkens von EuGH und nationalen Gerichten zur einvernehmlichen Identifizierung solcher europarechtsfesten nationalen Grundrechtsgehalte.

Nach der sehr skeptischen Reaktion des Ersten Senats des BVerfG auf das Urteil Rs. *Åkerberg Fransson* 2013<sup>92</sup> und der sehr deutlichen Androhung des Zweiten Senats des BVerfG im OMT-Vorlagebeschluss,<sup>93</sup> man werde eine Identitätskontrolle zum Schutz der nationalen Verfassungsidentität ohne (erneute) Vorlage an den EuGH vornehmen, erscheinen die Aussichten für die erforderliche Kooperation mit dem EuGH aus deutscher Sicht leider ungewiss.

### **E. Schlussbetrachtung**

Das Konzept der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten steht für eine unitarische Sicht auf die Grundrechte in der

EU. Dem steht die Vielfalt der Grundrechtsschutzkonzepte in den Mitgliedstaaten gegenüber. Diese Vielfalt wird vom EuGH mit dem Konzept der wertenden Rechtsvergleichung aufgefangen.

Die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen waren zunächst Rechtserkenntnisquelle. Sie haben in der Folge auch die Arbeiten an der Grundrechte-Charta der EU mit angeleitet. Sie sind auch nach Rechtsverbindlichkeit der Charta weiter von Belang, sei es über den Auslegungsgrundsatz des Art. 52 Abs. 4 Charta oder bei der Fortschreibung der „ungeschriebenen“ Grundrechte, der richterrechtlich entwickelten Grundrechte als nach wie vor existentem Teil der allgemeinen Rechtsgrundsätze. Wichtig ist dabei, dass die Befassung mit Verfassungsüberlieferungen nicht den Blick darauf verstellen darf, dass die europäischen Grundrechte autonomer Grundrechtsschutz sind, nicht abgeleiteter. Das Wertungselement bei der Ermittlung und Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze gestattet nach wie vor die Verarbeitung von Divergenz.

Aber vielleicht reicht dies nicht mehr aus. Mit der Achtung der nationalen Verfassungsidentität im Sinne des Art. 4 Abs. 2 EUV bestehen Grenzen der Reichweite des Unionsrechts. Auch nationale Grundrechtsgewährleistungen könnten sich als Teil der nationalen Verfassungsidentität und damit als europarechtsfest erweisen.

Abschließend eine allgemeinere Bemerkung.

Wir erleben in diesen Tagen in der Ukraine, wie eine der grundsätzlichsten Lehren aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts ignoriert wird: In Europa werden wieder mit Gewalt Grenzen verschoben und Gebiete annektiert. Zu dieser Art von rechtlicher und tatsächlicher Grenzüberschreitung ist die europäische Integration der Gegenentwurf. Die Rechtsgemeinschaft, Recht geht vor Macht, die Bindung an das Recht und durch das Recht.

Sicherlich wird man hier gelegentliche Problemfälle und Streitfragen nicht vermeiden können, weil es Divergenzen zwischen den Mitgliedstaaten nicht nur in Sachen Grundrechtsgewährleistungen gibt. Aber man sollte hier doch auf das Gesamtbild schauen.

Mit und seit dem Vertrag von Lissabon hat sich die Rechtsgemeinschaft weiter verstärkt. Es hat sich die Rechtsbindung sowohl im Bereich der

Kompetenzen (Subsidiaritätskontrolle) wie auch beim Grundrechtsschutz mit der Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte noch weiter verbessert. Diese Erfolgsgeschichte sollte man nicht aus den Augen verlieren und nicht kleinreden, gerade wenn in Teilen von Europa wieder Macht vor Recht geht.

- 
- \* Ich danke *Imke Decker* und *Marina Ermes*, Bielefeld, für die Hilfe bei der Fertigstellung dieses Beitrages.
- <sup>1</sup> S. zu den Hintergründen der Übernahme von Art. 1 GG *Braibant*, Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000.
- <sup>2</sup> Siehe demgegenüber nur Art. 27 ff. GRCh (Titel IV Solidarität).
- <sup>3</sup> Siehe z.B. Art. 53 ff., 58, 63 ff. Verf. Portugal, Art. 29 ff., 35ff. Verf. Italien; Art. 45 ff. Verf. Brandenburg, Art. 7 Verf. Sachsen.
- <sup>4</sup> *Ophüls*, NJW 4 (1951), 289. Im Übrigen ist auch die US-Verfassung von 1787 zunächst ohne Grundrechtskatalog entworfen worden, die Bill of Rights-Grundrechte wurden als Verfassungszusätze angehängt.
- <sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 03.09.2008, Rs. C-402/05 P, Slg. 2008, I-6351 (*Kadi*).
- <sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (*Nold*). Ein frühes Beispiel findet sich bereits in einem EGKS-Fall EuGH, Urt. v. 10.7.1957, Rs. 7/56, Slg. 1957, 91 (*Algera*). Neben dem Leitfall *Nold* ist EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (*Hauer*) zu erwähnen. Zur Herangehensweise des EuGH im Allgemeinen siehe *Wolf*, Kohärenz durch Rechtsvergleichung, in: Bröhmer u.a. (Hrsg.), Festschrift Ress, 2005, S. 893 (897 ff.).
- <sup>7</sup> Diese Unterscheidung hat sich jedenfalls im deutschen Schrifttum etabliert, sie ist in anderen Sprachen nicht ohne weiteres darstellbar.
- <sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 (507) (*Nold*); EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745) (*Hauer*). Für eine tiefergehende Analyse siehe *Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung Januar 2014, Nach Art 6 EUV – Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 21 ff.
- <sup>9</sup> Die erste Bezugnahme erfolgte im *Rutili*-Fall, EuGH, Urt. v. 28.10.1975, Rs. 36-75, Slg. 1975, 1219 (1232) (*Rutili*). Siehe auch EuGH, Urt. v. 13.12.1979, Rs. 44/79, Slg. 1979, 3727 (3745 ff.) (*Hauer*).
- <sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 15.06. 1978, Rs. 149/77, Slg. 1978, 1365 (1379) (*Defrenne*). Für einen Verweis auf die Sozialcharta siehe EuGH, Urt. v. 26.06. 2001, Rs. C-173/99, Slg. 2001, 4881 (4914) (*BECTU*).
- <sup>11</sup> Näher dazu *Mayer*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung Januar 2014, Nach Art 6 EUV – Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 19 ff.
- <sup>12</sup> Näher dazu *Mayer*, ICON 11 (2013), 1003. Die nachfolgenden Überlegungen sind zum Teil anlässlich eines NYU Workshops „Changing Landscape of German Public

Law“ im April 2012 entwickelt worden, sie sind in dem besagten Beitrag in ICON in englischer Sprache verfügbar.

- <sup>13</sup> Näher dazu *Gutmann/Mampel* (Hrsg.), Probleme systemvergleichender Betrachtung, 1986; siehe für die amerikanische Diskussion *Riles*, Harvard Int'l L. J. 40 (1999), 221; *Reimann*, Am. J. Comp. L. 46 (1998), 637; *Gordley*, Am. J. Comp. L. 43(1995), 555.
- <sup>14</sup> US Supreme Court, *Roper v. Simmons*, Docket No. 03-633, 543 US (2005), 551 (608). S. auch S. 628: „What these foreign sources “affirm,” rather than repudiate, is the Justices’ own notion of how the world ought to be, and their diktat that it shall be so henceforth in America. The Court’s parting attempt to downplay the significance of its extensive discussion of foreign law is unconvincing. “Acknowledgment” of foreign approval has no place in the legal opinion of this Court unless it is part of the basis for the Court’s judgment—which is surely what it parades as today.“
- <sup>15</sup> Das Konzept des Verfassungsverbundes geht zurück auf *Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: *Bieber/Widmer* (Hrsg.), L’espace constitutionnel européen, 1995, S. 225 (261).
- <sup>16</sup> Zum Konzept des Staatenverbundes siehe BVerfG, Urt. v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 – Maastricht.
- <sup>17</sup> Siehe hierzu bereits GA Roemer, Schlussanträge v. 29.10.1969, Rs. 29/69, Slg. 1969, 427 (*Stauder*).
- <sup>18</sup> *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung Januar 2014, Nach Art 6 EUV – Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 20 f., mwN.
- <sup>19</sup> Siehe hierzu *Mayer*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung Januar 2014, Nach Art 6 EUV – Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 121 ff.
- <sup>20</sup> S. für einen Versuch, den EuGH hier deutlicher zu binden *Pescatore*, RIDC 32 (1980), 337 (353), der den EuGH bei Übereinstimmung der nationalen Lösungen an diese gebunden sieht, bei entsprechenden Divergenzen dagegen frei, eine bewährte innerstaatliche Lösung, selbst wenn sie nur in einem Mitgliedstaat besteht, zu rezipieren oder gar – im Falle widersprüchlicher innerstaatlicher Lösungen – einen eigenen Ansatz zu entwickeln.
- <sup>21</sup> EuGH, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04, Slg. 2005, I-9981 (*Mangold*).
- <sup>22</sup> FAZ Nr. 210 v. 08.09.2008, S. 8, Namensartikel eines Volkswirts, *Lüder Gerken*, in Ko-Autorenschaft immerhin mit dem vormaligen Präsidenten des BVerfG, des Grundrechte-Konventes und der Bundesrepublik Deutschland, *Roman Herzog*. *Gerken* brachte in der Folge mit anderen Mitstreitern, drei Juraprofessoren, die These von der Grundrechtserfindung durch den EuGH auf 86 Seiten unter dem Titel „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt“ in Buchform, *Gerken u.a.*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009.
- <sup>23</sup> BVerfG, Beschluss v. 06.07.2010, BVerfGE 126, 286 – Honeywell.
- <sup>24</sup> Zu den nachfolgenden Überlegungen und Beobachtungen bereits *Mayer*, ICON 11 (2013), 1003.



- <sup>25</sup> Für eine eingehendere Analyse siehe *Wildhaber*, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: Bröhmer u.a. (Hrsg.), Festschrift Ress, 2005, S. 1101; siehe in diesem Zusammenhang auch *Zemanek*, ZaöRV 24 (1964), 453; *Ress*, ZaöRV 36 (1976), 227; *Bothe*, ZaöRV 36 (1976), 280.
- <sup>26</sup> Dazu bereits früh der ehemalige EuGH-Präsident *Kutscher* mit dem Hinweis, dass erheblicher rechtsvergleichender Rechercheaufwand betrieben werde: *Kutscher*, in: Mosler/Bernhardt/Hilf (Hrsg.), Grundrechtsschutz in Europa, 1977, S. 89. Siehe auch *Pescatore*, RIDC 32 (1980), 337 (346 ff.).
- <sup>27</sup> Die Juristischen Dienste von Kommission, Parlament oder Rat erreichen keine vergleichbare Personenstärke.
- <sup>28</sup> *Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, S. 11. Zur Kritik an der Rechtsvergleichung siehe auch *Kennedy*, Utah L. Rev. 2 (1997), 545; *Peters/Schwenke*, ICLQ 49 (2000), 800. Siehe auch *Frankenberg*, Harvard Int'l L. J. 26 (1985), 411.
- <sup>29</sup> *Watson*, Am. J. Comp. L. 44 (1996), 335 (339 ff.) nennt das Beispiel der Übernahme schottischen Rechts in Botswana, Lesotho und Swasiland, weil zufällig Studenten aus diesen Ländern an der University of Edinburgh studiert hatten.
- <sup>30</sup> So besteht heute beispielsweise keine Altersgrenze mehr für den Eintritt in den höheren diplomatischen Dienst, bis 2009 lag die Grenze bei 32 Jahren.
- <sup>31</sup> Siehe in diesem Zusammenhang die Einleitung zu *Burgorgue-Larsen* u.a. (Hrsg.), Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II, 2005.
- <sup>32</sup> Zuletzt etwa EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12, Slg. 2014, I-0000, Rn. 68 (*Google Spain*); EuGH, Urt. v. 18.07.2013, Rs. C-501/11 P, Slg. 2013, I-0000, Rn. 124 (*Schindler Holding u.a. / Kommission*); EuG, Urt. v. 23.01.2014, Rs. T-384/09, Slg. 2014, II-0000, Rn. 35 (*SKW Stahl-Metallurgie Holding und SKW Stahl-Metallurgie / Kommission*).
- <sup>33</sup> Diese Erläuterungen sind 2000 vom Präsidium des damaligen Konventes ausgearbeitet worden.
- <sup>34</sup> *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 52 GRCh Rn. 40.
- <sup>35</sup> S. im Einzelnen das Arbeitsgruppen-Dokument CONV 354/02 v. 22.1.2002, S. 7.
- <sup>36</sup> *GA Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.06.2012, Rs. C-617/10, Rn. 81 ff. (*Åkerberg Fransson*).
- <sup>37</sup> Zum Nachfolgenden s. bereits *Mayer*, EuR Beiheft 1 2009, 87.
- <sup>38</sup> Erklärung Nr. 61: Einseitige Erklärung Polens: Die Charta berührt in keiner Weise das Recht der Mitgliedstaaten, in den Bereichen der öffentlichen Sittlichkeit, des Familienrechts sowie des Schutzes der Menschenwürde und der Achtung der körperlichen und moralischen Unversehrtheit Recht zu setzen. Erklärung Nr. 62: Erklärung der Republik Polen zu dem Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte auf Polen und das Vereinigte Königreich: Die Republik Polen erklärt, dass sie in Anbetracht der Tradition der sozialen Bewegung der „Solidarność“ und ihres bedeutenden Beitrags zur Er kämpfung von Sozial- und Arbeitnehmerrechten die im Recht der Europäischen Union niedergelegten Sozial- und Arbeitnehmerrechte und insbesondere die in Titel IV der Charta der Grundrechte der

Europäischen Union bekräftigten Sozial- und Arbeitnehmerrechte uneingeschränkt achtet.

<sup>39</sup> Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte auf Polen und das Vereinigte Königreich.

<sup>40</sup> Ratsdok. 8383/14 v. 31.03.2014.

<sup>41</sup> Dieser Titel „Solidarität“ betrifft insbesondere Arbeitnehmerrechte und soziale Sicherheit.

<sup>42</sup> In der Entscheidung des Conseil constitutionnel vom 20. Dezember 2007 zu den durch den Vertrag von Lissabon erforderlichen und am 4. Februar 2008 beschlossenen Änderungen der französischen Verfassung kommt der Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit allerdings nicht zur Sprache. Conseil constitutionnel, Urt. v. 20.12.2007, Entscheidung 2007-560 DC, Journal Officiel No. 302 v. 29.12.2007, 21813 (*Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne*), (deutsche Übersetzung unter <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2007/2007560/index.htm>>). Art. 23 GG sieht Reziprozität nicht ausdrücklich vor.

<sup>43</sup> Zum Nachfolgenden bereits Mayer, EuR Beiheft 1 2009, 87.

<sup>44</sup> Siehe hierzu im einzelnen Mayer, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 52. Ergänzungslieferung Januar 2014, Nach Art 6 EUV – Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 46 ff. mwN.

<sup>45</sup> EuGH, Urt. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89, Slg. 1991, I-2925 Rn. 42 (*ERT*): „Nach seiner Rechtsprechung (...) kann der Gerichtshof eine nationale Regelung, die nicht im Rahmen des Gemeinschaftsrechts ergangen ist, nicht im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention beurteilen. Fällt eine solche Regelung dagegen in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, so hat der Gerichtshof, wenn er im Vorabentscheidungsverfahren angerufen wird, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Grundrechten beurteilen zu können, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat und die sich insbesondere aus der Europäischen Menschenrechtskonvention ergeben.“

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 11.07.2002, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 (*Carpenter*).

<sup>47</sup> S. oben.

<sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10, Slg. 2013, I-0000 (*Åklagaren gegen Hans Åkerberg Fransson*).

<sup>49</sup> HC 1014 Ziffer 58.

<sup>50</sup> Implizit bestätigt ein solches Argument eigentlich, dass der Grundrechtsschutz in Großbritannien nicht dem europäischen Standard entspricht.

<sup>51</sup> Hier kommt die Problematik der wirtschaftlichen und sozialen Rechte sowie der Gewerkschaftsrechte in den Blick.

<sup>52</sup> Die Regierung ist in dieser Frage zum Teil heftig kritisiert worden. S. etwa Cicha furtka w sprawie praw człowieka, Gazeta Wyborcza v. 27.06.2007.

<sup>53</sup> Erklärung Nr. 62 (Erklärung der Republik Polen zu dem Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte auf Polen und das Vereinigte Königreich).

<sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125, 1135 (*Internationale*

*Handelsgesellschaft*).

- <sup>55</sup> EuGH, Urt. v. 12.06.2003, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 (*Schmidberger*).
- <sup>56</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2004, Rs. C-36/02, Slg. 2004, I-9609 (*Omega Spielhallen*).
- <sup>57</sup> BVerfGE 37, 271 – Solange I.
- <sup>58</sup> BVerfGE 73, 339 – Solange II.
- <sup>59</sup> BVerfGE 73, 339 – Solange II.
- <sup>60</sup> S. dazu EuGH, Urt. v. 12.11.1969, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, Rn. 7 (*Stauder*); EuGH, Urt. v. 14.05.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491, Rn. 13 (*Nold*).
- <sup>61</sup> BVerfGE 73, 339, 387 – Solange II.
- <sup>62</sup> S. dazu *Mayer*, Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Giegerich (Hrsg.), Der offene Verfassungsstaat des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 243 ff.
- <sup>63</sup> Die Entwicklung der Rspr. lässt sich nach 1974 nachzeichnen über Entscheidungen aus dem Juli 1979 (BVerfGE 52, 187, 202 f. – Vielleicht), über das Jahr 1981 (BVerfGE 58, 1 – Eurocontrol I; BVerfGE 59, 63 – Eurocontrol II) bis zum Februar 1983 (BVerfG, NJW 1983, 1258 – Mittlerweile).
- <sup>64</sup> BVerfGE 89, 155, 175 – Maastricht.
- <sup>65</sup> BVerfGE 102, 147, 162 – Bananenmarkt.
- <sup>66</sup> So auch *Hofmann*, FS Steinberger, 2002, S. 1207 ff.
- <sup>67</sup> BVerfGE 102, 147, 161 – Bananenmarkt.
- <sup>68</sup> *Hirsch*, NVwZ 1998, 907, 909.
- <sup>69</sup> BVerfGE 89, 155 – Maastricht.
- <sup>70</sup> BVerfGE 89, 155, 189 f. – Maastricht.
- <sup>71</sup> BVerfGE 102, 147 – Bananenmarkt.
- <sup>72</sup> Näheres zur Identitätskontrolle bei *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1, 6 f.
- <sup>73</sup> BVerfGE 123, 267 – Lissabon.
- <sup>74</sup> BVerfGE 123, 267, 253 ff. – Lissabon.
- <sup>75</sup> BVerfGE 123, 267, 344 – Lissabon.
- <sup>76</sup> BVerfGE 123, 267, 347 – Lissabon.
- <sup>77</sup> *D. R. Phelan*, Revolt or Revolution, 1997, S. 416 f.
- <sup>78</sup> 17. Protokoll zum Maastricht-Vertrag.
- <sup>79</sup> EuGH, Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1253 (*Costa gegen ENEL*); EuGH, Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 (*Internationale Handelsgesellschaft*).
- <sup>80</sup> Vgl. zu dieser Idee vorausgehend zum Lissabon-Urteil *Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 424 f.; vgl. auch v. *Bogdandy/Schill*, Common Market Law Review 2011, 1417; *Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 572 ff.; *M. Claes*, Negotiating Constitutional Identity or Whose Identity is it Anyway?, in: *dies. u.a.* (Hrsg.), Constitutional Conversations in Europe, 2012, S. 205; *M. Walter*, ZaöRV 72 (2012), 177; *Franzius*, Art. 4 EUV, in: *Nowak u.a.* (Hrsg.), EUV/AEUV, iE., Rn. 31, 42.
- <sup>81</sup> Conseil Constitutionnel v.19.11.2004, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*; Conseil Constitutionnel v. 27.6.2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*; dazu *Mayer*, EuR 2004, 925 ff.
- <sup>82</sup> Tribunal Constitucional, Urt. v. 13.12.2004, DTC 1/2004.

- <sup>83</sup> EuGH, Urt. 22.12.2010, Rs. 208/09, Slg. 2010, I-13693 (*Ilonka Sayn-Wittgenstein/Landeshauptmann von Wien*).
- <sup>84</sup> Verbundbegriffe haben eine Verklammerungsfunktion und weisen die Eigentümlichkeit auf, dass sie nur im Zusammenspiel der Verfassungsebenen (vgl. Art. 267 AEUV) sinnvoll ausgefüllt werden können, sie wirken damit auf Kooperation und Diskurs hin.
- <sup>85</sup> Näher dazu Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, S. 324 ff.; ders., Europarechtsfreundlichkeit und Europarechtsskepsis in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Giegerich, Der „offene Verfassungsstaat“ des Grundgesetzes nach 60 Jahren, 2010, S. 237 (262 ff.); ders., L’identité constitutionnelle, in: L’identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe, 2011, S. 63 ff.; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy/ Bast (Hrsg.): Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 588. Mit Blick auf den Vorrang ähnlich von Bogdandy/Schill, ZaöRV 70 (2010), 701 ff.
- <sup>86</sup> Detaillierter hierzu Mayer/Wendel, Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), Enzyklopädie des Europarechts, Band 1, 2014, im Druck; dies., Multilevel Constitutionalism and Constitutional Pluralism – querelle allemande or querelle d’Allemand?, in: Avbelj/Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, 2012, S. 127; Wendel, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht, 2011, S. 573 ff.
- <sup>87</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/13, Beschl. v. 14.1.2014 – OMT, Rn. 27.
- <sup>88</sup> BVerfG, 2 BvR 2728/13, Beschl. v. 14.1.2014 – OMT, Rn. 29.
- <sup>89</sup> BVerfGE 125, 260 – Vorratsdatenspeicherung.
- <sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12, Slg. 2014, I-0000 (*Digital Rights Ireland u.a.*).
- <sup>91</sup> In diesem Sinne auch EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10, Slg. 2013, I-0000, (*Åklagaren gegen Hans Åkerberg Fransson*), in der die Rechtsprechung zur Reichweite des europäischen Grundrechtsschutzes (Art. 51 Grundrechte-Charta) weiterentwickelt wird. Erste Reaktionen aus dem Bundesverfassungsgericht dazu wurden als kritisch wiedergegeben, s. Der Spiegel 10/2013, S. 39, sehr kritisch dann BVerfG, Urt. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei. Der EuGH hat freilich in Rn. 29 des Urteils sehr klar gestellt, dass die Zuständigkeiten der nationalen Verfassungsgerichte bestehen bleiben. Es darf auch nicht übersehen werden, dass aus Sicht von Mitgliedstaaten mit einem weniger ausgeprägten Grundrechtsschutz eine zusätzliche Schutzinstanz von Vorteil sein kann.
- <sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 26.02.2013, Rs. C-617/10, Slg. 2013, I-0000 (*Åklagaren gegen Hans Åkerberg Fransson*); BVerfG, Urt. v. 24.04.2013, 1 BvR 1215/07 – Antiterrordatei.
- <sup>93</sup> BVerfG, Beschl. v. 14.1.2014, 2 BvR 2728/1 – OMT.

# Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Verbesserung des Grundrechtsschutzes durch Erweiterung des Schutzniveaus

PROF. DR. DR. CHRISTOPH GRABENWARTER

## **A. Ausgangspunkt: Ähnliche Maßstäbe und Kompetenzen**

Die Inhalte von Grund- und Menschenrechten im europäischen Mehrebenensystem konvergieren, einerseits durch Akte der Verfassungsgesetzgeber und durch die Entwicklung der europäischen Verträge, andererseits durch die Rechtsprechung.

Die Grundrechtecharta bildet einen neuen Grundrechtskatalog, der inhaltlich zwischen nationalen Grundrechten und internationalen Menschenrechten steht. Sie knüpft an bestehende Menschenrechte an, geht aber häufig über sie hinaus. In mancher Garantie bezieht sie Inhalte aus nationalem Verfassungsrecht ein und sie rezipiert in nicht wenigen Bereichen unionsrechtliche subjektive Rechte. Ein Beispiel verfassungsrechtlicher Rezeption bildet Art. 1 mit der Menschenwürdegarantie, der Art. 1 GG nachgebildet ist. Unionsrecht wird vor allem bei den justiziellen Rechten und bei den Gleichheitsgarantien rezipiert. Diese Verdichtung und Konvergenz der Maßstäbe ist hauptverantwortlich für die Erweiterung des Grundrechtsschutzes. Hinzu tritt nun die Perspektive einer völkerrechtlichen Bindung der EU an die EMRK.

Art. 6 EUV regelt das Verhältnis zwischen der Charta der Grundrechte der EU und der EMRK. Die Union erkennt nach Art. 6 Abs. 1 EUV die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember

2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind. Die Grundrechtecharta und die Verträge sind nach Art. 6 Abs. 1 Halbsatz 2 EUV rechtlich gleichrangig. Durch die Bestimmungen der Charta werden die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert. Art. 6 Abs. 2 EUV enthält die Verpflichtung zum Beitritt der Union zur EMRK.<sup>1</sup>

Dieser Beitritt ändert gemäß Art. 6 Abs. 2 Satz 2 EUV nicht die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union. Gemäß Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Art. 6 EUV ist damit Grundpfeiler des Grundrechtsschutzes in der Europäischen Union.<sup>2</sup> Art. 6 Abs. 1 EUV bildet den Rahmen für die Integration der EMRK in EU Primärrecht, während Art. 6 Abs. 2 EUV den zu vollziehenden Beitritt der Union zur EMRK primärrechtlich anordnet.

Die Bestimmung als Ganzes dient der Inkorporation der Grundrechte in das Recht der Europäischen Union und soll dem Ziel der Annäherung der EU an ihre Bürger dienen.<sup>3</sup> Damit existiert nunmehr die unionsrechtliche Grundlage für den Beitritt, die der EuGH in einem Gutachten im Jahre 1996 eingefordert hatte.<sup>4</sup> Im Vergleich ist festzuhalten, dass die Europäische Union die einzige internationale bzw. supranationale Organisation ist, die gegen eigene Akte einen gerichtlichen Grundrechtsschutz gewährleistet.<sup>5</sup>

Im April 2013 wurde zwischen Vertretern der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten der EMRK Einigung über den Text für ein Abkommen über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK<sup>6</sup> erzielt.

Das Herzstück dieses Abkommens ist in Art. 1 enthalten, welcher den Beitritt der Union zur EMRK selbst sowie zum 1. und zum 6. Protokoll vorsieht. Damit wird eine völkerrechtliche Bindung der Union an die Garantien der Art. 2 bis 14 EMRK sowie an die Eigentumsgarantie, das Bildungsgrundrecht, die Wahlrechtsgarantie und das Verbot der Todesstrafe nach der Konvention entstehen. Nicht vom Beitritt erfasst sind die übrigen Protokolle. Dies ist im Fall des 7. Protokolls im Besonderen naheliegend, weil es von einer Reihe von Mitgliedstaaten nicht ratifiziert wurde.<sup>7</sup>



Neben einer Reihe von technischen Vorschriften, die insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass die Union kein Mitgliedstaat ist, sondern ihrerseits 28 Mitgliedstaaten der EMRK vereint, enthält Art. 3 des draft agreement eine wesentliche Änderung des Art. 36 der Konvention. Ein neuer Abs. 4 enthält Vorschriften für den so genannten „co-respondent mechanism“. Danach kann die Union oder ein Mitgliedstaat der Union „co-respondent“ und damit als Partei des Verfahrens gleichsam dem Menschenrechtsstreit auf Seiten des Beklagten beitreten (nur wenn EMRK-Verletzung nur durch Verletzung des EU-Rechts vermeidbar ist). Im Falle der Feststellung einer Konventionsverletzung nach Eintritt der EU als „co-respondent“ sind grundsätzlich der Mitgliedstaat und die EU gemeinsam für diese verantwortlich. Im Rahmen des „co-respondent mechanism“ ist künftig ein „prior involvement“ des EuGH in Fällen vorgesehen, in denen dieser vor Erhebung der Beschwerde an den EGMR noch nicht befasst worden war.<sup>8</sup>

Das Beitrittsabkommen wird erst in einigen Jahren in Kraft treten können. Derzeit ist der EuGH damit beschäftigt, auf Antrag der Europäischen Kommission ein Gutachten über die Vereinbarkeit des Beitrittsvertrages mit den unionsrechtlichen Voraussetzungen aus Art. 6 Abs. 2 EUV und dem Protokoll Nr. 8 zu erstatten.<sup>9</sup> Am 5. und 6. Mai 2014 fand in diesem Verfahren eine mündliche Verhandlung über das Abkommen zum Beitritt der EU zur EMRK vor dem Gerichtshof der EU in Luxemburg statt. Aus den Fragen, die der EuGH im Verlauf der mündlichen Verhandlung stellte, ist erkennbar, dass der EuGH die rechtlichen Rahmenbedingungen des Beitritts kritisch prüfen wird.

Aus rechtswissenschaftlicher Sicht steht die Frage im Vordergrund, welche Anpassungen in den Systemen von EU und Europarat im Falle eines Beitritts in der Zukunft noch vorgenommen werden müssen, um die Regelungen des Beitrittsabkommens umzusetzen. Auf der Ebene des Unionsrechts muss das Primärrecht nach einem Beitritt eine Lösung von entstehenden Problemlagen rund um die neuen Aufgaben und Zuständigkeiten des EuGH enthalten. Es stellt sich im Besonderen die Frage, ob die Verfahren der Stellungnahmen und des „co-respondent mechanism“ von der gegenwärtigen Zuständigkeitsregelung für den EuGH gedeckt ist oder eine Änderung der Verträge erfordert.<sup>10</sup>



Im Schrifttum wird vertreten, das Beitrittsabkommen allein, als Abkommen der EU mit Drittstaaten, das nach Art. 218 Abs. 8 AEUV eines einstimmigen Ratsbeschlusses bedarf, könne hinreichende Rechtsgrundlage für die Begründung neuer Zuständigkeiten des EuGH sein.<sup>11</sup> Eine Primärrechtsänderung sei daher nicht erforderlich. Der EuGH geht allgemein davon aus, dass ihm durch ein mit Drittstaaten geschlossenes internationales Abkommen neue Zuständigkeiten zugewiesen werden können, allerdings nur insoweit, als dadurch nicht die Aufgaben verändert werden, wie sie in den Verträgen vorgesehen sind.<sup>12</sup> Nach Ansicht des EuGH ist dabei auf die den Gerichten der Mitgliedstaaten und dem EuGH übertragenen Aufgaben abzustellen, die für die Wahrung der Natur des Primärrechts entscheidend sind.<sup>13</sup> Man kann aus diesen Aussagen ableiten, dass ein Übereinkommen dann hinreichende Rechtsgrundlage für eine Neubegründung einer Zuständigkeit des EuGH ist, wenn und soweit dadurch die im Primärrecht verankerten Aufgaben des EuGH nicht verändert werden.<sup>14</sup> Eine solche Veränderung liegt jedenfalls dann vor, wenn die im Rechtssystem der Union vertraglich verankerten Aufgaben der mitgliedstaatlichen Gerichte einerseits und des EuGH andererseits, die für die Wahrung der Autonomie des Unionsrechts wesentlich sind, verändert würden. Ob der Hinweis darauf, dass diese Vorgaben bei der Implementierung der Regelungen des Beitrittsübereinkommens zu beachten seien und sodann eine Änderung des Primärrechts nicht erforderlich sei, ausreicht, erscheint zweifelhaft.<sup>15</sup>

Die besseren Gründe sprechen für die Annahme, dass eine Änderung auch des unionalen Primärrechts erforderlich ist, um eine Zuständigkeit des EuGH für die Befassung im Rahmen des „co-respondent mechanism“ zu schaffen. Überträgt man die Überlegungen, die der EuGH aus Anlass seines Gutachtens 1/09 zum Patentgerichtshof angestellt hat, auf das Verhältnis zwischen EGMR, EuGH und mitgliedstaatliche Gerichte, so ist in der Tat von einer Veränderung der Zuständigkeiten in diesem Sinne auszugehen, die auch Auswirkungen auf die Autonomie des Unionsrecht haben kann.<sup>16</sup>

Zur Erfüllung der in Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EUV verankerten Aufgabe der

Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Unionsrechts sehen die Verträge nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung bestimmte Zuständigkeiten und Verfahrensarten vor. Die Zuständigkeit des EuGH im Rahmen dieses Mechanismus ist jedenfalls nicht mit jener im Vorabentscheidungsverfahren vergleichbar, weshalb Art. 267 AEUV als Rechtsgrundlage hierfür ausscheidet. Die in den Verträgen enthaltene erschöpfende Aufzählung der Verfahren (Art. 19 Abs. EUV), für die der EuGH zuständig ist, verbietet im Übrigen die Annahme, der EuGH könne Stellungnahmen vor dem EGMR und ein Auftreten im Rahmen des „co-respondent mechanism“ ohne eine ausdrückliche Zuständigkeitsnorm in den primärrechtlichen Grundlagen vornehmen. Die Zuständigkeiten für „co-respondent mechanism“ und „prior involvement“, wie sie im Beitrittsabkommen vorgesehen sind, müssten demzufolge ausdrücklich geregelt werden.

Art. 19 Abs. 1 EUV selbst kann nicht Grundlage für die Schaffung neuer Zuständigkeiten des EuGH sein, er definiert nur die allgemeine Aufgabe und die Funktion des EuGH.<sup>17</sup> Jedes Verfahren vor dem EuGH muss daher einem der in den Verträgen enthaltenen Verfahren entsprechen, dies ist für den Fall des „prior involvement“ ohne eine Primärrechtsänderung jedoch gerade nicht anzunehmen. Art. 19 EUV ist bloße Aufgabenzuweisungsnorm, nicht aber Befugnisnorm für den EuGH.<sup>1819</sup>

Weder die Bestimmung im Entwurf zum Beitrittsabkommen noch Art. 19 Abs. 1 EUV genügen daher nach den Maßstäben des Unionsrechts als Grundlage für die Zuständigkeit des EuGH im Verfahren des „prior involvement“.

## **B. Zur Koordinierung von EMRK und Grundrechtecharta**

EMRK und Grundrechtecharta enthalten Harmonisierungsregeln, die auf eine Vermeidung von Normkonflikten gerichtet sind. Für all diese Regeln gilt, dass sie auf eine Wahrung bestehender Garantien und die Meistbegünstigung ausgerichtet sind.

Auf der Seite der Grundrechtecharta zielt Art. 52 auf Kohärenz zwischen

Chartagarantien und EMRK. Dessen Abs. 1 enthält eine allgemeine Formulierung der Schranken für Grundrechtseingriffe, indem die Teilschritte des grundrechtlichen Prüfungsschemas genannt werden, nämlich die gesetzliche Grundlage, das legitime Ziel sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unter gesonderter Betonung der Notwendigkeit einer Grundrechtseinschränkung. Abs. 3 ordnet an, dass Rechten der Grundrechtecharta, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite zukommt, wie sie ihnen in der Konvention zukommt (Harmonisierungsklausel). Diese Bestimmung kann als internes Gegenstück zum Beitritt bezeichnet werden. Die Ausrichtung der EU-Grundrechte an der EMRK erstreckt sich auch auf die Rechtsprechung des EGMR.<sup>20</sup> Weitergehender Schutz des Rechts der Union wird dadurch nicht berührt.

Art. 53 EMRK und Art. 53 GRC bewahren höhere Standards in anderen Grundrechtsschichten.<sup>21</sup> Art. 53 EMRK sieht vor, dass die Konvention nicht so auszulegen ist, als beschränke oder beeinträchtige sie Menschenrechte und Grundfreiheiten nach innerstaatlichem Recht. Nach Art. 53 der Grundrechtecharta ist keine ihrer Bestimmungen als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten nach EU-Recht, nach Völkerrecht, insbesondere der EMRK, oder nach den Verfassungen der Mitgliedstaaten anzusehen. Nur am Rande sei bemerkt, dass diese Meistbegünstigungsklauseln im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis an ihre Grenzen stoßen, weil weitergehender Grundrechtsschutz in einer Garantie notwendigerweise zu einer Verkürzung bei der kollidierenden Garantie führen muss.<sup>22</sup>

## **C. Die Praxis der Gerichte vor und nach dem Beitritt**

EGMR und EuGH agieren heute dort mit Zurückhaltung, wo eine vorrangige Kompetenz des jeweils anderen Gerichtshofes angenommen und auch akzeptiert wird und wo eine effektive Grundrechtskontrolle auch tatsächlich stattfindet.<sup>23</sup>

Für den EGMR ist das *Bosphorus*-Urteil aus dem Jahr 2005<sup>24</sup> die Leitentscheidung. Seit diesem Urteil geht der Straßburger Gerichtshof von der Vermutung aus, dass der Mitgliedstaat, der im Anwendungsbereich des

Unionsrechts handelt, die Anforderungen der Konvention nicht verletzt hat, wenn ein gleichwertiger Grundrechtsschutz angenommen werden kann.<sup>25</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Mitgliedstaat keinen Spielraum in der Umsetzung hatte, wie die Organe Irlands im Fall *Bosphorus*, die von einer Richtlinie der EU gezwungen waren, ein Flugzeug am Flughafen von Dublin zu beschlagnahmen. Der EGMR prüft in einem ersten Schritt, ob der Grundrechtsschutz in der Union gleichwertig ist und nimmt eine solche Gleichwertigkeit mit der Konsequenz zurückgenommener Kontrolldichte an, wenn kein Umsetzungsspielraum gegeben ist.

Diese Zurücknahme der Kontrolle ist nach einem EMRK-Beitritt der EU in dieser Form nicht aufrecht zu erhalten.<sup>26</sup> Der Beitritt soll gerade dazu führen, dass Akte der Europäischen Union wie jene aller anderen Vertragsparteien der Kontrolle durch den EGMR am Maßstab der EMRK unterworfen werden können.<sup>27</sup> Da der Beitritt nur für die Konvention, das 1. und das 6. Protokoll erfolgt, scheint es jedoch vertretbar, für die übrigen Protokolle anzunehmen, dass eine zurückgenommene Kontrolle bestehen bleibt. Dies gilt insbesondere für das im Unionsrecht bedeutsame Grundrecht des *ne bis in idem*.

Auch in umgekehrter Hinsicht kann davon ausgegangen werden, dass das Zusammenwirken von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt ist. Dafür sprechen nicht nur die zahlreichen, ansatzlos übernommenen Auslegungsergebnisse des EGMR immer dann, wenn durch das Vorbringen vorliegender Gerichte Fragen des Primärrechts mit Grundrechtsfragen verknüpft werden. Als ein vielleicht nicht in dieser Deutlichkeit ins Auge springendes Beispiel mag die Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft dienen. Während man nach dem Urteil des EuGH *Ruiz Zambrano*<sup>28</sup> von einem weithin uneingeschränkten Aufenthaltsrecht von Drittstaatsangehörigen ausgehen konnte, das diese aus dem Status der Unionsbürgerschaft eines Familienangehörigen ableiten konnten, hat der EuGH über eine Vorlage des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes im Fall *Dereci*<sup>29</sup> eine deutliche Nuance verfügt, indem er gestützt auf das Grundrecht des Privat- und Familienlebens, verankert nicht nur im Grundrecht nach der Grundrechtecharta, sondern auch in Art. 8 EMRK, den Ball gleichsam zurück in das Feld des Grundrechtsschutzes durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und damit letztlich des EGMR gespielt hat.

## D. Schauplätze der Schutzverstärkung durch die Rechtsprechung

Die sinnfälligsten Formen des Zusammenwirkens zwischen den europäischen Gerichtshöfen untereinander bilden wechselseitige Bezugnahmen auf die Rechtsprechung. Sie werden im Fall eines Beitritts steigen. Der EGMR passt seit den siebziger Jahren die EMRK als „living instrument“<sup>30</sup> an Inhalte aus regionalem und universellem Vertragsrecht, an Gewohnheitsrecht, an rechtsvergleichend ermittelte Verfassungsentwicklungen und an „soft law“ an.<sup>31</sup> In diesem Rahmen zieht der EGMR in jüngerer Zeit vermehrt auch die Grundrechtecharta als Rechtserkenntnisquelle heran. Die Grundrechtecharta dient ihm als Argument für die Bestimmung eines „europäischen Standards“.<sup>32</sup>

Bezogen auf die Stufen des grundrechtlichen Prüfungsschemas sind Verschiebungen und Verstärkungen bereits durch die Proklamation der Grundrechtecharta, vor allem aber durch deren Inkrafttreten zu beobachten:

### *I. Verschiebungen und Verstärkungen im Rahmen des Schutzbereichs*

In der Zeit ungeschriebener Gemeinschaftsgrundrechte waren die EMRK-Garantien für den EuGH verlässliche Grundlage für die Bestimmung des Schutzbereichs. Der EGMR hatte viele Interpretationsergebnisse auf der Basis eines vergleichsweise älteren Rechtekataloges erzielt. Erinnerung sei etwa an das frühe Beispiel der *Hoechst*-Rechtsprechung<sup>33</sup>, in der der EuGH zunächst die Anwendbarkeit des Art. 8 EMRK auf Firmenräumlichkeiten verneint hatte. Einige Jahre und EGMR-Urteile später war es dann unbestritten, dass der Schutz des Privatlebens auch im Unionsrecht Firmenräumlichkeiten umfassen kann.<sup>34</sup>

Heute können Ausweitungen des Schutzbereiches argumentativ auch auf die Grundrechtecharta gestützt werden. Beispiele bilden das Verbot des Menschenhandels, die Weiterentwicklungen des Grundrechts des *ne bis in idem*<sup>35</sup> oder des Anwendungsbereichs des Art. 6 EMRK auf Beamtenrechtsstreitigkeiten<sup>36</sup>, das Gebot der Verhängung milderer Strafen bei Rechtsänderungen während eines Strafverfahrens,<sup>37</sup> oder das

Streikrecht als Ausfluss eines typischen Rechts der Arbeitnehmer, das zwar mittlerweile in der Grundrechtecharta im Art. 28 verankert ist (Recht auf kollektive Maßnahmen zur Verteidigung von Arbeitnehmerinteressen), aber in der EMRK aus der allgemeinen Vereinigungs- und Gewerkschaftsfreiheit des Art. 11 abgeleitet werden muss. Nach den Urteilen *Demir und Baykara*<sup>38</sup>, *Enerji Yapi-Yol Sen*<sup>39</sup>, *Kaya und Seyhan*<sup>40</sup> und *Cerikci*<sup>41</sup>, insbesondere der Grundsatzentscheidung *Demir und Baykara* aus dem Jahr 2008 zur Tragweite des Art. 11 EMRK geht der EGMR von einem sachlichen Schutzbereich aus, der die Vereinigungsfreiheit öffentlich Bediensteter ebenso umfasst wie das Recht auf Tarifverhandlungen. Dieses Beispiel zeigt, dass sich die Einflussbeziehungen umdrehen: War die EMRK vor 30 Jahren der Motor für Schutzbereichserweiterungen für Gemeinschaftsgrundrechte, so wirkt heute die Grundrechtecharta auf die EMRK ein.

## *II. Verschiebungen und Verstärkungen hinsichtlich der Anforderungen an die gesetzliche Grundlage*

Zu den Anforderungen an die gesetzliche Grundlage von Grundrechtseingriffen besteht eine differenzierte Rechtsprechung des EGMR. Die Schwierigkeiten ihrer Übernahme durch den EuGH liegen in der zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilten Rechtsetzung, vor allem in der Richtlinienumsetzung. Der EGMR sieht etwa in einem pauschalen Verweis eines mitgliedstaatlichen Gesetzes auf eine Richtlinie eine Verletzung des nulla poena-Grundsatzes, würde aber wohl im Fall einer ordnungsgemäßen Umsetzung durch nationales Gesetz die Richtlinie nicht als zu unbestimmt ansehen. Der EuGH geht in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung auf diese Anforderungen an die Qualität des Gesetzes nicht explizit ein. Er stützt seine Erwägungen im Wesentlichen auf die Argumentation im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung und führt hier jene Gedanken an, die der Generalanwalt als Anforderungen an die Qualität der gesetzlichen Grundlage verstanden hatte.<sup>42</sup>

## *III. Verschiebungen und Verstärkungen bei der Bestimmung des legitimen Ziels*

Bei der Bestimmung des *legitimen Ziels* ist die Grundrechtecharta offener,

als es die Schranken-Schranken der EMRK sind. Während die Schrankenvorbehalte der EMRK eine Aufzählung legitimer Ziele enthalten, reicht es nach Art. 52 Abs. 1, dass Eingriffe den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen entsprechen. Die Rechtsprechung des EGMR ist trotz engerer normativer Ausgangsbasis in diesem Punkt indessen heute schon sehr großzügig. Kaum einmal springt ein Grundrechtseingriff über die Klinge des legitimen Zieles.

#### *IV. Verschiebungen und Verstärkungen auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit*

Auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs ist für den EGMR festzustellen, dass er den Mitgliedstaaten in einigen Regelungsbereichen einen eher weiten, in anderen einen eher geringen Beurteilungsspielraum („margin of appreciation“) zugesteht. Die Rechtsprechung liefert Anhaltspunkte für das Ausmaß des Beurteilungsspielraumes, ist allerdings gerade in jüngerer Zukunft alles andere als konsistent. Galt es früher als ausgemacht, dass bei Fehlen einer einheitlichen Regelung in den einzelnen Mitgliedstaaten der Beurteilungsspielraum tendenziell größer ist, so kann dies nach den *Caroline*-Urteilen<sup>43</sup>, den Urteilen mit Bezug zu Rechten von Homosexuellen<sup>44</sup> oder der Rechtsprechung zu Werbeverböten im Fernsehen<sup>45</sup>, um nur einige Fallgruppen zu nennen, nicht mehr in dieser Allgemeinheit aufrechterhalten werden.

In der Rechtsprechung des EuGH ist seit Inkrafttreten der Grundrechtecharta zu beobachten, dass das Prüfungsschema schrittweise verfeinert wird. Zwei Beispiele machen das besonders deutlich. Im Urteil *Sky Österreich*<sup>46</sup> führte der EuGH die Verhältnismäßigkeitskontrolle unter Art. 16 der Grundrechtecharta (unternehmerische Freiheit) an jene des Bundesverfassungsgerichts unter Art. 12 GG heran und damit letztlich über jene des EGMR hinaus. Der EuGH betont, dass die unternehmerische Freiheit einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden könne, die im allgemeinen Interesse die Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit beschränken könnten.<sup>47</sup> Im unmittelbaren Anschluss an die allgemeinen Ausführungen zu den Schranken des Grundrechts führt der EuGH eine klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung durch, indem er im Einzelnen sehr ausführlich, in klarer Struktur und in



drei selbstständigen Schritten die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Adäquanz der im Ausgangsverfahren angegriffenen Richtlinienbestimmung prüft. In seiner Entscheidung zur Gültigkeit der Vorratsdatenspeicherungs-Richtlinie<sup>48</sup> verweist der Gerichtshof auf das Urteil *Sky Österreich*; er orientiert seine Verhältnismäßigkeitsprüfung an den Vorgaben der eigenen Vorjudikatur, allerdings ist die Struktur der Begründung nicht so klar in die Teilschritte gegliedert wie im *Sky Österreich*-Urteil.

Über die Gründe für diese Entwicklung kann man nur spekulieren. Die Konkurrenz mit den Verfassungsgerichten in der Grundrechtsanwendung, aber auch Vorwirkungen des Beitritts der EU zur EMRK mögen hier eine Rolle spielen.

Diese Tendenz wird sich nach einem Beitritt verstärken, und zwar – so die vorläufige These – vor allem dann, wenn es um die Kontrolle von Sekundärrecht am Maßstab des Primärrechts geht. Die Steuerung der Kontrolldichte durch den EGMR wird sich dagegen auch längerfristig nach jeweils anderen Gesichtspunkten bestimmen, wie etwa dem Konsens unter den Mitgliedstaaten, oder den Prognosen in technischen oder gesellschaftlich umstrittenen Bereichen.<sup>49</sup>

## **E. Die prozedurale Seite**

### *I. Wechselwirkungen zwischen EuGH und EGMR*

Die Möglichkeit der Beschwerdeführung gegen Akte der Union und der Beteiligung der Union in unionsrechtlich bestimmten Verfahren im Rechtsschutzsystem der EMRK verstärkt die bestehenden Ansätze der Erhöhung des Schutzniveaus. Die Rechtsunterworfenen haben erweiterte Möglichkeiten des „forum shopping“. In völlig legitimer Weise suchen sich die Rechtsunterworfenen jenen Weg der Rechtsdurchsetzung, der ihnen am vielversprechendsten vorkommt. Sie können den Streit gestützt auf die Grundrechtecharta entweder in einem frühen Stadium über ein Vorabentscheidungsverfahren nach Luxemburg betreiben, wenn sie das Gericht zur Vorlage nach Art. 267 AEUV bewegen können. Die Grenzen liegen im Anwendungsbereich der Grundrechtecharta, der in der jüngsten

Rechtsprechung des EuGH in Bewegung ist.<sup>50</sup> Oder aber sie bringen den Fall als einen Menschenrechtsfall nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges und damit einer Verfassungsbeschwerde an das Verfassungsgericht, später an den EGMR. Dieses Vorgehen bringt dann je nach Konstellation zufällig einmal bei diesem Gericht, das andere Mal bei jenem Gericht ein Rechtsproblem zuerst zur Entscheidung. In dieser Hinsicht wird der Beitritt der EU zur EMRK mit Sicherheit Veränderungen herbeiführen. Das kann auch Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen den Fachgerichten und dem Bundesverfassungsgericht haben.

Grundrechtsschutz nach der Grundrechtecharta und Menschenrechtsschutz nach der EMRK sind nicht länger Alternativen. Das „prior involvement“ integriert den EuGH in den europäischen Menschenrechtsprozess. Gleichzeitig ist zu bedenken, dass das Verfahrensrecht des EGMR und die nach wie vor bestehende Überlastung des Gerichts verbunden mit der Dauer des Verfahrens die Effektivität des Rechtsschutzes wesentlich beschränkt. Die Stellung von beteiligten Parteien im innerstaatlichen Verfahren und die Möglichkeit der Erlangung einstweiligen Rechtsschutzes sind im Straßburger Verfahren gegenüber dem Verfahren vor dem EuGH (sieht man dort von der Sonderkonstellation der Stellung des Generalanwalts ab) und verfassungsgerichtlichen Verfahren deutlich unterentwickelt.

## *II. Das künftige Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und dem EuGH*

Die Geschichte des Verhältnisses zwischen der Rechtsprechung des EuGH und jener des BVerfG ist von der Zurücknahme der Kontrolle gestützt auf das Vertrauen effektiver Grundrechtskontrolle im jeweils anderen Bereich gekennzeichnet – Solange I<sup>51</sup>, Solange II<sup>52</sup>, Bananenmarktordnung<sup>53</sup>. Mit Inkrafttreten der Grundrechtecharta und nach einem möglichen Beitritt der EU zur EMRK werden die Karten freilich neu gemischt. Die Art. 51 bis 53 der Grundrechtecharta sind darauf angelegt, mögliche Konflikte zwischen den Grundrechtsebenen zu vermeiden und Auslegungsergebnisse zu harmonisieren. Die aktuell umstrittenste Frage liegt in diesem Verhältnis beim Anwendungsbereich der Grundrechtecharta, der von dessen Art. 51 bestimmt ist.

Die teils intensiven Auseinandersetzungen um Art. 51 kommen nur zum Teil in den Erläuterungen zum Ausdruck. War in frühen Fassungen zunächst noch von der „Umsetzung“ oder „Anwendung des Unionsrechts“ die Rede, so hieß es in späteren Fassungen „Anwendung“, danach „Geltungsbereich“ und sodann wiederum „Umsetzung“. Bemerkenswert ist, dass in einzelnen Phasen der Diskussion die englische und die französische Fassung teils unverändert blieben und die deutsche Sprachfassung erst am Ende von *Umsetzung* in *Durchführung* geändert wurde, womit erkennbar eine Anpassung an die Wortwahl des EuGH im Fall *Karlsson*<sup>54</sup> vorgenommen wurde, ohne dass die Erläuterungen noch geändert wurden.<sup>55</sup> Diese Änderung geht auf einen Formulierungsvorschlag des Vertreters des deutschen Bundesrats im Konvent zurück.<sup>56</sup>

Probleme bereiten vor allem die Hinweise auf die Rechtsprechung des EuGH in den Erläuterungen. Sie sind zumindest ambivalent, wie die Untersuchung der Fallgruppen noch zeigen wird. Anstelle einer Erläuterung geben sie Anlass zu Kontroversen. Demgemäß werden die Erläuterungen in diesem Punkt sowohl von Vertretern einer zurückhaltenden Interpretation zur Begründung der Annahme einer Einschränkung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta als auch vom EuGH zur Begründung einer Gleichsetzung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta mit jenem des Unionsrechts herangezogen.<sup>57</sup> Der Gerichtshof selbst sieht sich in *Åkerberg* durch die Erläuterungen zu Art. 51 GRC bestätigt, wenn er explizit annimmt, dass die Verpflichtung zur Einhaltung der im Rahmen der Union definierten Grundrechte für die Mitgliedstaaten dann gilt, wenn sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts handeln.<sup>58</sup> Insgesamt spricht die Entstehungsgeschichte zwar nicht für eine restriktive, wohl aber für eine zurückhaltende Interpretation des Art. 51.<sup>59</sup> Neben dem Wortlaut und der Absicht derjenigen, welche die Regelung in die Fassung gebracht haben, die letztendlich verbindlich wurde, ist auch die Bestimmung des Art. 51 Abs. 2, die in Art. 6 Abs. 1 EUV wiederholt wird, wonach keine Ausweitung der Befugnisse der EU stattfindet, zu berücksichtigen.

Deutlich weniger zurückhaltend ist indessen die Praxis des Gerichtshofs der Europäischen Union vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta. Seit

Inkrafttreten der Grundrechtecharta führt er sowohl die *Wachauf-*Judikatur<sup>60</sup> als auch die *ERT*-Judikatur soweit ersichtlich konsequent fort. Dies zeigt sich etwa im Fall *Carpenter*, in dem die Anwendbarkeit von Art. 8 der EMRK durch die Dienstleistungsfreiheit ausgelöst wurde.<sup>61</sup> Jenseits dessen aber bietet sich dem Betrachter ein uneinheitliches Bild. Wir beobachten in Schlussanträgen der Generalanwälte Expansionstendenzen wie etwa im Zusammenhang mit der Unionsbürgerschaft in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Sharpston* in der Rechtsache *Zambrano*<sup>62</sup> oder der Generalanwältin *Kokott* im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsrecht.<sup>63</sup> Dem stehen differenzierende Positionen wie jene des GA *Cruz Villalón* in der Rechtssache *Åkerberg*<sup>64</sup> oder zurückhaltende Wegmarkierungen des Gerichtshofes selbst gegenüber, wie sie etwa eine Kammer in der Rechtssache *Chartry* aufgestellt hat, in der der Ausgangssachverhalt nach Auffassung des EuGH keinerlei Bezug zu den Freiheiten des Binnenmarktes aufwies<sup>65</sup> und der Gerichtshof daher seine Zuständigkeit und damit auch die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta verneinte.

Der EuGH ging vor allem in seinem Urteil in der Rs. *Åkerberg Fransson* weiter. Die Vorlagefrage des schwedischen Gerichts warf das Problem auf, ob der Betroffene im Verfahren, mit dem ihm die Steuerzuschläge auferlegt worden waren, bereits wegen derselben Tat bestraft worden sei und ein Strafverfahren somit gegen das Verbot der Doppelbestrafung nach Art. 4 7. ZPEMRK und Art. 50 GRC verstoßen könnte, und damit als Vorfrage, ob das Verfahren, in dem gegen Herrn *Åkerberg Fransson* Steuerzuschläge verhängt wurden und die Anklage als „Durchführung des Unionsrechts“ im Sinne des Art. 51 Abs. 1 GRC anzusehen ist. Ohne an dieser Stelle auf die Problematik der allgemeinen Aussagen des EuGH in den Rn. 20 bis 23 des Urteils eingehen zu müssen, ist die Begründung des EuGH, die Sanktionen stünden „teilweise im Zusammenhang mit der Nichteinhaltung von Mitteilungspflichten auf dem Gebiet der Mehrwertsteuer“ und seien im Hinblick auf die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Erhebung der Mehrwertsteuer zu gewährleisten und Steuerbetrug zu bekämpfen, nach dem vorhin Ausgeführten nicht hinreichend, um *in concreto* eine Durchführung des Unionsrechts und damit die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta zu begründen. Denn die zunächst erhobenen Steuerzuschläge der schwedischen

Abgabenverwaltung bilden bereits die Erfüllung der Verpflichtung aus der Richtlinie, jedenfalls aber, wenn man dies als Argument überhaupt gelten lässt,<sup>66</sup> erfolgt das auf die abgabenrechtliche Sanktion folgende Strafverfahren nicht mehr in Durchführung des Unionsrechts. Da erst durch dieses der Tatbestand des Art. 50 GRC erfüllt werden könnte, ist die Grundrechtecharta in concreto nicht anwendbar. Die Untiefe des *Åkerberg Fransson*-Urteils liegt daher nicht nur in den sehr apodiktischen allgemeinen Aussagen, sondern auch – und möglicherweise vielmehr – in der Bewertung eines Strafverfahrens als Maßnahme der Durchführung einer Richtlinie.<sup>67</sup>

Doch das Urteil *Åkerberg Fransson* war nicht das letzte Wort in dieser Frage. Der EuGH präzisierte seine Aussagen in diesem Urteil bereits ein Jahr später aus Anlass einer Vorlage eines italienischen Gerichts in der Rechtssache *Cruciano Siragusa* über die Entfernung unerlaubt ausgeführter Bauten nach einem Gesetz über den Schutz von Kultur- und Landschaftsgütern.<sup>68</sup> Der Gerichtshof weist erneut darauf hin, dass er eine nationale Regelung, die nicht in den Rahmen des Unionsrechts fällt, nicht im Hinblick auf die Grundrechtecharta beurteilen kann. Unter Zitierung des *Åkerberg Fransson*-Urteils führt der Gerichtshof aus, dass er, wenn eine Regelung in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle und er im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens angerufen werde, dem vorlegenden Gericht alle Auslegungskriterien an die Hand zu geben habe, die es benötigt, um die Vereinbarkeit dieser Regelung mit den Charta-Grundrechten beurteilen zu können.<sup>69</sup> Auch der folgende Hinweis auf die Erläuterungen zur Bekräftigung der Bedeutung des (mitgliedstaatlichen) Handelns im Anwendungsbereich des Unionsrechts als Voraussetzung der Anwendbarkeit der Grundrechtecharta entspricht noch dem *Åkerberg Fransson*-Urteil.<sup>70</sup> Sodann aber nimmt der EuGH wesentliche Nuancierungen seiner bisherigen Rechtsprechung vor. Das Ausgangsverfahren betrifft in der Rechtssache *Siragusa* eine Entfernungsanordnung im Landschaftsschutzrecht. Der EuGH betont zunächst über das Umweltrecht den Zusammenhang mit dem Unionsrecht.<sup>71</sup> Der EuGH gibt zu bedenken, dass der Begriff der „Durchführung des Rechts der Union“ im Sinne von Art. 51 der Grundrechtecharta einen hinreichenden Zusammenhang von einem gewissen Grad verlangt, der darüber hinausgeht, dass die fraglichen

Sachbereiche benachbart sind oder dass der eine Sachbereich mittelbare Auswirkungen auf den anderen haben kann.<sup>72</sup> Sodann wird das in den Erläuterungen zu Art. 51 der Grundrechtecharta genannte, für eine einschränkende Interpretation sprechende Urteil *Annibaldi* zitiert und werden die Kriterien zur Reichweite der Rechte aus der Unionsbürgerschaft zu Kriterien der Auslegung des Art. 51 der Grundrechtecharta gemacht: Um festzustellen, ob eine nationale Regelung die Durchführung des Rechts der Union im Sinne von Art. 51 der Grundrechtecharta betrifft, ist dem EuGH zufolge in *Siragusa* u. a. zu prüfen, ob mit ihr eine Durchführung einer Bestimmung des Unionsrechts bezweckt wird, welchen Charakter diese Regelung hat und ob mit ihr nicht andere als die unter das Unionsrecht fallenden Ziele verfolgt werden, selbst wenn sie das Unionsrecht mittelbar beeinflussen kann, sowie ferner, ob es eine Regelung des Unionsrechts gibt, die für diesen Bereich spezifisch ist oder ihn beeinflussen kann.<sup>73</sup> Es folgt eine Negativabgrenzung des Anwendungsbereichs der Grundrechtecharta: Die Grundrechte der Union sind – so der EuGH unter Hinweis auf das Urteil in der Rs. *Maurin* – im Verhältnis zu einer nationalen Regelung unanwendbar, wenn die unionsrechtlichen Vorschriften in dem betreffenden Sachbereich keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten im Hinblick auf den im Ausgangsverfahren fraglichen Sachverhalt schaffen.<sup>74</sup> Die Auferlegung solcher Verpflichtungen war im Fall *Siragusa* weder durch die Bestimmungen des EU-Vertrags noch des AEU-Vertrags noch durch die Regelung über das Übereinkommen von Aarhus, noch durch die Richtlinien 2003/4 und 2011/92 gegeben.<sup>75</sup> Noch einmal weist der EuGH auf das Urteil *Annibaldi* hin, um zu betonen, dass ein nationales Gesetz, das das Funktionieren einer gemeinsamen Agrarmarktorganisation mittelbar beeinflussen kann, keinen hinreichenden Zusammenhang zu begründen vermag.<sup>76</sup> Überdies sei dem Ziel des Grundrechtsschutzes im Unionsrecht Rechnung zu tragen, das darin besteht, sicherzustellen, dass die Grundrechte in den Tätigkeitsbereichen der Union nicht verletzt werden, sei es infolge von Handlungen der Union oder infolge der Durchführung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten.<sup>77</sup>

Die Umsetzung von Richtlinien ist ganz unzweifelhaft eine Form der „Durchführung“, der „*implementation*“ des Unionsrechts. Bloße Hinweise in Richtlinien oder in den Verträgen, dass nationale Rechtsvorschriften im



Einklang mit dem Unionsrecht stehen müssen, begründen hingegen noch keine Durchführung des Unionsrechts durch diese verwiesenen Vorschriften.<sup>78</sup> Die Grundrechtsbindung bei der Richtlinienumsetzung gilt jedenfalls dort, wo die Mitgliedstaaten keinen Spielraum haben.<sup>79</sup> Dort, wo sie einen Umsetzungsspielraum haben, ist die Grundrechtecharta zwar anwendbar, sie tritt nur neben die völkerrechtliche Bindung des Mitgliedstaates an die EMRK und die verfassungsrechtliche Bindung an die nationalen Grundrechte.

Die Grenze der Bindung dürfte aber dort erreicht sein, wo der Gesetzgeber zusätzliche Regelungen aus Anlass eines Gesetzes trifft, sei es aus gänzlich anderen rechtspolitischen Gründen, sei es aus verfassungsrechtlichen Gründen etwa zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen, wobei damit nicht die Auffassung vertreten wird, dass eine Vorschrift, die unterschiedslos für Richtlinienumsetzungssachverhalte und andere „Inhaltssachverhalte“ gilt, deshalb nicht von der Geltung der Grundrechtecharta erfasst wäre.

Mit Bezug zur Bindung an die Grundrechtecharta bei nationalen Regelungen im Bereich von Grundfreiheiten zwingt das *Siragusa*-Urteil zu einer differenzierteren Sicht. Ausgangspunkt der Überlegungen ist der Hinweis auf das *ERT*-Urteil in den Erläuterungen zu Art. 51 der Grundrechtecharta.<sup>80</sup> Angesichts der Erwähnung des Urteils in den Erläuterungen ist zunächst anzunehmen, dass jedenfalls zum Zeitpunkt der Formulierung der Grundrechtecharta davon ausgegangen werden musste, dass bestimmte Regelungen und Maßnahmen im Anwendungsbereich einer oder mehrerer Grundfreiheiten Fälle einer Durchführung des Unionsrechts bilden sollten. Einzuräumen ist auch, dass die Änderung des Wortlauts der deutschen Fassung der Grundrechtecharta am Ende der Konventsberatungen in letzter Minute einen Ansatzpunkt für eine enge Auslegung nahe legt.<sup>81</sup> Eine gänzliche Abkehr von der *ERT*-Doktrin gestützt auf den deutschen Wortlaut dürfte jedoch schon allein deswegen nicht anzunehmen sein, weil der Wortlaut der englischen und der französischen Fassung des Art. 51 Abs. 1 in der Schlussphase der Beratungen des Charta-Konvents unverändert blieb. Es ist daher mit der herrschenden Lehre<sup>82</sup> davon auszugehen, dass Maßnahmen analog zu denen in der *ERT*-Konstellation, mit denen gezielt eine Grundfreiheit eingeschränkt wird, an den Grundrechten der Grundrechtecharta zu



messen sind. Gleiches wird wohl für Fälle anzunehmen sein, in denen der EuGH Unionsgrundrechte bei Beschränkungen der Grundfreiheiten durch Private in Anschlag brachte.<sup>83</sup>

Jenseits dieser klassischen *ERT*-Situationen ist aber zu fragen, ob in Konstellationen, die in mehr oder weniger loser Form mit einer Grundfreiheit in Bezug gesetzt werden können, tatsächlich Fälle der „Durchführung“ des Unionsrechts iSv Art. 51 der Grundrechtecharta sind.<sup>84</sup> Der Nachweis der Durchführung eines Unionsrechts wird bei individuellen Akten leichter zu führen sein als bei der Beurteilung von gesetzlichen Regelungen, die in vielen Fällen neben einem Bezug zu den Grundfreiheiten auch oder überwiegend auf Sachverhalte bezogen sind, denen jeder grenzüberschreitende Bezug fehlt oder deren Intention überhaupt nicht auf die Beschränkung einer Grundfreiheit gerichtet ist. In diesem Sinne entschied der EuGH in der Rechtssache *Chartry*<sup>85</sup>, dass in einem Fall, der die Streitigkeiten in einem Verfahren betreffend die Einkommensteuer im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates, dessen Staatsangehörigkeit der Betroffene besitzt und auf dessen Hoheitsgebiet dieser die steuerpflichtige Tätigkeit ausübt, keinerlei Bezug zu einer der Bestimmungen des Vertrags über die Freizügigkeit, den freien Dienstleistungs- oder Kapitalverkehr aufwirft.

Dieses zuletzt genannte Urteil zeigt, dass eine generelle Antwort bei Regelungen im Zusammenhang mit Grundfreiheiten nicht gegeben werden kann. Die knappe Bezugnahme auf die *ERT*-Rechtsprechung in den Erläuterungen lässt es jedenfalls nicht zu, anders als dies die Entscheidung *Åkerberg Fransson* nahelegen mag, generell von der Anwendbarkeit der Charta-Grundrechte auszugehen. Vielmehr wird im Einzelfall zu prüfen und nachzuweisen sein, ob bzw. dass eine spezifische Verbindung zu einer Grundfreiheit vorliegt. Dieser Nachweis wird umso eher erforderlich sein, je weniger offensichtlich die Ausgangssachverhalte auf einen Bezug zum Unionsrecht hindeuten. Gibt es keine Harmonisierungsvorschriften des Sekundärrechts, liegt keine spezifische Regelung des Unionsrechts vor.<sup>86</sup> Mit der jüngsten Rechtsprechung des EuGH ist eine solche spezifische Verbindung dann nicht anzunehmen, wenn sie andere als unionsrechtliche Ziele verfolgt und auf das Unionsrecht nur mittelbaren Einfluss hat. Vorschriften im Anwendungsbereich einer Grundfreiheit, die diese nicht beschränken, begründen insoweit keine „Verpflichtung der

Mitgliedstaaten“ und daher auch nicht die Anwendbarkeit der Grundrechtecharta.

Es bleiben aber Fälle, in denen nationale Rechtsvorschriften im Bereich von Grundfreiheiten, im Besonderen Gesetze, sowohl für reine Inlandssachverhalte als auch für grenzüberschreitende Sachverhalte gelten. In einem Normenkontrollverfahren kann kein Zweifel bestehen, dass ein Verfassungsgericht, und vor dem Hintergrund des Grundgesetzes namentlich auch das BVerfG, die ihm von der Verfassung auferlegte Zuständigkeit zur Prüfung am Maßstab der Grundrechte ausübt. Auch der EuGH beansprucht in diesem Fall mit Blick auf die Beschränkung der Grundfreiheit für die grenzüberschreitenden Sachverhalte eine Prüfungszuständigkeit. Heute ist im Ergebnis unbestritten, dass nicht von einer Alternativität der Zuständigkeit im Sinne einer strikten „Trennungsthese“ auszugehen ist. Vielmehr sind Verfassungsgericht und EuGH nebeneinander zuständig („Kumulationsthese“).<sup>87</sup> Das bedeutet, dass EuGH und BVerfG in diesem Bereich in Konkurrenz zueinander treten. Wie diese Konkurrenzen im Einzelfall aufzulösen sind, ist nicht allgemein zu beantworten. Die Grundrechtecharta gibt in Gestalt des Günstigkeitsprinzips des Art. 53 eine Antwort und mit Art. 52 Abs. 3 eine Handhabe für die harmonisierende Auflösung von Konkurrenzen. Sie erscheinen jedoch bei allgemeiner Betrachtung bedeutsamer als im konkreten Konfliktfall. Hier steht zu erwarten, dass der EuGH im Lichte der *Melloni*-Entscheidung den Vorrang der Grundrechte der Grundrechtecharta beanspruchen wird, dies auch mit guten Gründen.<sup>88</sup>

Damit ist die Rolle der Verfassungsgerichte angesprochen. Bevor Menschenrechtsbeschwerden den EGMR erreichen und auch der EuGH „prioritär“ involviert wird, müssen die Verfassungsgerichte befasst werden. Diese haben die Pflicht, im Fall von Rechtsverletzungen Abhilfe zu schaffen. Sie sind im Vergleich zum EGMR regelmäßig rascher, im Vergleich zum EuGH in Grundrechtsfragen spezialisiert und insgesamt tendenziell in der Kontrolle strenger als die europäischen Gerichte. Voraussetzung ist, dass die Verfassungsgerichte die europäischen Grundrechte in ihren Kontrollmaßstab aufnehmen und zur Vorlage an den EuGH auch in Grundrechtsfragen bereit sind. Die *Melloni*-Entscheidung<sup>89</sup> sowie die Rechtsprechung des EuGH zur französischen „question préliminaire de constitutionnalité“<sup>90</sup> machen deutlich, dass

verfassungsgerichtliche Kontrolle die Prinzipien des Unionsrechts nicht beeinträchtigen darf, zeigen aber auch, dass verfassungsgerichtliche Kontrolle bei entsprechender Ausgestaltung ihren Platz und ihre Notwendigkeit auch aus der Perspektive des Unionsrechts – jedenfalls aber aus der Perspektive der EMRK – hat.

## **F. Ausblick**

Die Prognose eines Ansteigens des Schutzniveaus durch einen Beitritt der Union zur EMRK ist keine gewagte. Die jüngere Rechtsprechung im Besonderen mit Blick auf das Sekundärrecht der Union lässt sie sogar als wahrscheinlich bezeichnen.

Gleichwohl dürfen Probleme und bevorstehende Veränderungen des Straßburger Rechtsschutzsystems nicht vernachlässigt werden. Das Niveau wird weniger als Folge einer dominanten Rolle des EGMR, als vielmehr durch das Zusammenwirken der Grundrechtsschichten ansteigen. Dabei sind vor allem die Vorwirkungen prozeduraler Möglichkeiten, im Besonderen die Menschenrechtsbeschwerde nach Art. 34 der Konvention und schließlich das arbeitsteilige Vorgehen von EGMR, EuGH und Verfassungsgerichten zu veranschlagen. Die verschiedenen Gerichte handeln als spezialisierte Akteure im Europäischen Verfassungsverbund. Das Zitat eines EGMR-Urteils in einem EuGH-Urteil vermittelt dem EuGH menschenrechtliche Legitimität und verstärkt gleichzeitig die Legitimität und Bedeutung des EGMR als eines europaweiten Hüters der Menschenrechte. Umgekehrt hat die Bezugnahme auf die Grundrechtecharta oder die Rechtsprechung des EuGH in Urteilen des EGMR bei der Bestimmung eines europäischen Standards oder einer Praxis der Mitgliedstaaten höhere Relevanz als die Bezugnahme auf die Rechtsprechung einzelner Verfassungsgerichte, soweit die Rechtsprechung des EuGH die Rechtsordnungen von immerhin 28 Mitgliedstaaten bestimmt. Beide Entwicklungen sind für eine praktische Erhöhung des Schutzniveaus gleichermaßen von Bedeutung.

---

<sup>1</sup> Grabenwarter, EuGRZ 2004, 563 (569).

- <sup>2</sup> Grabenwarter/Pabel, in: Blanke/Mangiameli (Hrsg.), The Treaty on European Union (TEU), A Commentary, 1. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 1.
- <sup>3</sup> Grabenwarter/Pabel, in: Blanke/Mangiameli (Hrsg.), The Treaty on European Union (TEU), A Commentary, 1. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 1.
- <sup>4</sup> EuGH, Gutachten v. 28.3.1996, Rs. 2/94, Slg. 1996, I-1759 = JZ 1996, 624 Rn. 35.
- <sup>5</sup> Grabenwarter/Pabel, in: Blanke/Mangiameli (Hrsg.), The Treaty on European Union (TEU), A Commentary, 1. Aufl. 2013, Art. 6 Rn. 1.
- <sup>6</sup> Draft revised agreement on the accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports/47\\_19](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_19) (26.3.2014).
- <sup>7</sup> Vereinigtes Königreich, Türkei, Niederlande, Deutschland.
- <sup>8</sup> Dazu z.B. Obwexer, EuR 2012, 115 ff.; Posch, in: Leidenmühler u.a. (Hrsg.), Grundfreiheiten – Grundrechte – Europäisches Haftungsrecht; 2012, S. 309 ff.
- <sup>9</sup> Antrag der Europäischen Kommission auf ein Gutachten nach Art. 218 Abs. 11 AEUV (Gutachten Az. 2/13).
- <sup>10</sup> Vgl. auch Jacqué, CMLRev 2011, 995 (1020); unentschieden: Tsiliotis, in: Iliopoulos-Strangas/Pereira da Silva/Potacs (Hrsg.), Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, Die Auswirkung auf den Schutz der Grundrechte in Europa, 2013, S. 51 (92).
- <sup>11</sup> Vgl. etwa Obwexer, EuR 2012, 115.
- <sup>12</sup> EuGH, Gutachten v. 8.3.2011, Rs. 1/09, Slg. 2011, I-1137 = EuGRZ 2011, 135 Rn. 75 (*Europäisches Patentgericht*); EuGH, Gutachten v. 15.11.1994, Rs. 1/92, Slg. 1992, I-2821 = EuGRZ 1992, 195 Rn. 32 (*EWK*); vgl. hierzu Polakiewicz, EuGRZ 2013, 473 (481).
- <sup>13</sup> EuGH, Gutachten v. 8.3.2011, Rs. 1/09, Slg. 2011, I-1137 = EuGRZ 2011, 135 Rn. 85 (*Europäisches Patentgericht*).
- <sup>14</sup> Obwexer, EuR 2012, 115 (134); Obwexer, in: Grabenwarter/Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013, S. 45 (60).
- <sup>15</sup> Obwexer, EuR 2012, 115 (134); ders., in: Grabenwarter/Vranes (Hrsg.), Kooperation der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund – Grundfragen und neueste Entwicklungen, 2013, S. 60 f.
- <sup>16</sup> Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 2013, S. 239.
- <sup>17</sup> Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 2010, Art. 19 Rn. 4.
- <sup>18</sup> Ebenso im Ergebnis Gragl, The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, 2013, S. 240.
- <sup>19</sup> Im Ergebnis wie hier Arnold, in: Iliopoulos-Strangas/Pereira da Silva/Potacs (Hrsg.), Der Beitritt der Europäischen Union zur EMRK, Die Auswirkung auf den Schutz der Grundrechte in Europa, 2013, S. 179 (186); ähnlich Uerpmann-Witzack, EuR-Bei 2012, 167 (177 ff.), der jedoch meint, der EuGH werde aus pragmatischen Gründen eine großzügigere Sichtweise zugrunde legen (180).

- <sup>20</sup> Erläuterungen und Präambel zur Grundrechtecharta verweisen auf die Rechtsprechung des EGMR; vgl. hierzu *Jarass*, Zum Verhältnis von Grundrechtecharta und sonstigem Recht, EuR 2013, 29 (42f.).
- <sup>21</sup> Dazu und zum Folgenden *Spiekermann*, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, 2013, S. 41 ff.,
- <sup>22</sup> Dazu *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 566; *Spiekermann*, Die Folgen des Beitritts der EU zur EMRK für das Verhältnis des EuGH zum EGMR und den damit einhergehenden Individualrechtsschutz, 2013, S. 93 ff.
- <sup>23</sup> Dazu *Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012, S. 77 ff.
- <sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 = NJW 2006, 197 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi./IRL*).
- <sup>25</sup> EGMR, Urt. v. 30.6.2005, Nr. 45036/98 = NJW 2006, 197 Rn. 155 (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/IRL*).
- <sup>26</sup> *Baumann*, EuGRZ 2011, 1 (10 f.); *Grewe*, EuR 2012, 265 (296); *Ress*, Konsequenzen des Beitritts der EU zur EMRK, EuZW 2010, 841; *Weiß*, European Constitutional Law Review 7 (2011), 64 (95); *Vondung*, Die Architektur des europäischen Grundrechtsschutzes nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2012, S. 262 f.
- <sup>27</sup> *Tomuschat*, in: Leutheusser-Schnarrenberger (Hrsg.), Vom Recht auf Menschenwürde, 60 Jahre EMRK, S. 71 (80).
- <sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 8.3.2011, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-01177 = NJW 2011, 2033 Rn. 40ff. (*Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi*).
- <sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, Slg. 2011, I-11315 = EuZW 2012, 79 Rn. 62ff. (*Dereci u.a./Bundesministerium für Inneres*).
- <sup>30</sup> EGMR, Urt. v. 25.4.1978, Nr. 5856/72 = NJW 1979, 1089 Rn. 31 (*Tyrer./GBR*).
- <sup>31</sup> Vgl. hierzu aus der jüngeren Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Wahlrecht aus Art. 3 des 1. ZP EGMR, Urt. v. 18.10.2006 (GK), Nr. 46410/99 = DVBl 2007, 689 Rn. 39, 55 (*Üner/NED*); EGMR, Urt. v. 8.7.2008 (GK), Nr. 10226/03 = NVwZ-RR 2010, 81 Rn. 51ff (*Yumak a. Sadak/TUR*); EGMR, Urt. v. 27.4.2010 Nr. 7/08 (*Tanase/MDA*).
- <sup>32</sup> *Grabenwarter*, in: Hillgruber (Hrsg.), Gouvernement des juges – Fluch oder Segen, 2014, S. 45 (57); EGMR, Urt. v. 8.12.1999, Nr. 28541/95 = NVwZ 2000, 661 Rn. 66 (*Pellegrin/FRA*).
- <sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 21.9.1989, Rs. C-46/87 u. 227/88, Slg. 1989, 02859 = NJW 1989, 3080 Rn. 13, 17f. (*Hoechst/Kommission der Europäischen Gemeinschaften*).
- <sup>34</sup> EGMR, Urt. v. 16.12.1992, Nr. 13710/88 Rn. 30ff. (*Niemietz/GER*); vgl. dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 239; EuGH, Urt. v. 14.2.2008, Rs. C-450/06, Slg. 2008, I-00581 = EuZW 2008, 209 Rn. 48 (*Varec/Belgischer Staat*).
- <sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 10.2.2009, Nr. 14939/03 Rn. 33ff., 78ff. (*Sergey Zolotukhin/RUS*).
- <sup>36</sup> EGMR, Urt. v. 8.12.1999, Nr. 28541/95 = NVwZ 2000, 661 Rn. 38, 41 (*Pellegrin/FRA*); vgl. dazu auch *Heer-Reißmann*, in: Fink/Dörr/Schwartmann

(Hrsg.), Die Letztentscheidungskompetenz des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte in Europa, 2008, S. 225.

- <sup>37</sup> EGMR, Urt. v. 17.9.2009, Nr. 10249/03 Rn. 38, 105 (*Scoppola/ITA*).
- <sup>38</sup> EGMR, Urt. v. 12.11.2008, Nr. 34503/97 = NZA 2010, 1425 (*Demir und Baykara/TUR*).
- <sup>39</sup> EGMR, Urt. v. 21.4.2009, Nr. 68959/01 = NZA 2010, 1423 (*Enerji Yapi-Yol Sen/TUR*).
- <sup>40</sup> EGMR, Urt. v. 15.9.2009, Nr. 30946/04 (*Kaya und Seyhan/TUR*).
- <sup>41</sup> EGMR, Urt. v. 13.7.2010, Nr. 33322/07 (*Çerikci/TUR*).
- <sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = EuZW 2014, 459 Rn. 38ff. (*Digital Rights Ireland Ltd./Kärntner Landesregierung*).
- <sup>43</sup> EGMR, Urt. v. 24.6.2004, Nr. 59320/00 = NJW 2004, 2647 (*Von Hannover/GER*); EGMR, Urt. v. 7.2.2012, Nr. 40660/08, 60641/08 = NJW 2012, 1053 (*Von Hannover (Nr. 2)/GER*); EGMR, Urt. v. 19.9.2013, Nr. 8772/10 = NJW 2014, 1645 (*Von Hannover (Nr. 3)/GER*).
- <sup>44</sup> EGMR (GK), Urt. v. 19.2.2013, Nr. 19010/07 = NJW 2013, 2173 (X. ./AUT).
- <sup>45</sup> EGMR, Urt. v. 11.12.2008, TV Vest AS u.a./NOR Nr. 21132/05.
- <sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = EuZW 2013, 347 (*Sky Österreich*).
- <sup>47</sup> EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Rs. C-283/11, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = EuZW 2013, 347 Rn. 47ff. (*Sky Österreich*).
- <sup>48</sup> EuGH, Urt. v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12, (noch nicht in der Slg. veröffentlicht) = EuZW 2014, 459 (*Digital Rights Ireland/Kärntner Landesregierung*).
- <sup>49</sup> Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, S. 131f.
- <sup>50</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NJW 2013, 1415 (*Åkerberg Fransson*); EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 (*Siragusa*).
- <sup>51</sup> BVerfG, Urt. v. 29.5.1974 – 2 BvL 52/71 –, BVerfGE 37, 271 = NJW 1974, 1697.
- <sup>52</sup> BVerfG, Urt. v. 22.10.1986 – 2 BvR 197/83 –, BVerfGE 73, 339 = NJW 1987, 577.
- <sup>53</sup> BVerfG, Urt. v. 7.6.2000 – 2 BvL 1/97 –, BVerfGE 102, 147 = NJW 2000, 3124.
- <sup>54</sup> EuGH, Urt. v. 13.4.2000, Rs. C-292/97, Slg. 2000, I-2737 Rn. 37 (*Karlsson*).
- <sup>55</sup> Vgl. Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 4ff.
- <sup>56</sup> Vgl. Huber, NJW 2011, 2385 (2387 mit Fn 36).
- <sup>57</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NJW 2013, 1415 Rn. 20 (*Åkerberg Fransson*) einerseits und Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 2ff, 24ff; Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 1. Aufl. 2006, Art. 51 Rn. 22, 24, 53; Rabe, NJW 2013, 1407 (1408); Huber NJW 2011, 2385 (2387) andererseits.
- <sup>58</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-617/10, (noch nicht in der Slg. veröffentlicht) =



NJW 2013, 1415 Rn. 20 (*Åkerberg Fransson*).

- <sup>59</sup> von *Danwitz/Paraschas*, Fordham International Law Journal 2012, 1396 (1402 ff.).
- <sup>60</sup> EuGH, Urt. v. 13. 7. 1989, Rs. C-5/88, Slg. 1989, 2609 (*Wachauf*).
- <sup>61</sup> EuGH, Urt. v. 11.7.2002, Rs. C-60/00, Slg. 2002, I-6279 = EuZW 2002, 603 (*Carpenter*).
- <sup>62</sup> GA *Sharpston*, Schlussanträge v. 30.9.2010, Rs. C-34/09, Slg. 2011, I-01177 (*Zambrano*).
- <sup>63</sup> GA *Kokott*, Schlussanträge v. 17.11.2011, Rs. C-393/10, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) (*O'Brien*).
- <sup>64</sup> GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge v. 12.6.2012, Rs. C-617/10, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) (*Åkerberg Fransson*).
- <sup>65</sup> EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-457/09, Slg. 2011, I-00819 Rn. 25 f. (*Chartry*).
- <sup>66</sup> Äußerst kritisch – bereits zur Ableitung von Pflichten der Mitgliedstaaten aus der Richtlinie – *Kingreen*, EuR 2013, 446 (451) („geradezu abenteuerlich“).
- <sup>67</sup> Kritisch dazu auch *Schorkopf* in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz (EnzEuR Bd. 2), 1. Aufl. 2014, § 3 Grundrechtsverpflichtete Rn. 24 ff.
- <sup>68</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 (*Siragusa*).
- <sup>69</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 21 (*Siragusa*).
- <sup>70</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 22 (*Siragusa*).
- <sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 23 (*Siragusa*).
- <sup>72</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 24 (*Siragusa*) unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 29.5.1997, Rs. C-299/95, Slg. 1997, I-02629 Rn. 16 (*Kremzow*).
- <sup>73</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/13, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 25 (*Siragusa*) unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 18.12.1997, Rs. C-309/96, Slg. 1997, I-07493 Rn. 21 ff. (*Annibaldi*); EuGH, Urt. v. 8.11.2012, Rs. C-40/11, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2013, 357 Rn. 70 (*Iida*) und EuGH, Urt. v. 8.5.2013, Rs. C-87/12, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ-RR 2013, 620 Rn. 41 (*Ymeraga*).
- <sup>74</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/2013, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 26 (*Siragusa*) unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 13.6.1996, Rs. C-144/95, Slg. 1996, I-02909 Rn. 11f. (*Maurin*).
- <sup>75</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/2013, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 27 (*Siragusa*).
- <sup>76</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/2013, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 29 (*Siragusa*).
- <sup>77</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/2013, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 31 (*Siragusa*). unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 15.11.2011, Rs. C-256/11, Slg. 2011, I-11315 = EuZW 2012, 79 Rn. 71 (*Dereci*).



- <sup>78</sup> Zutreffend *Ladenburger*, in: Laffranque (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions, S. 141 (165) unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 14.4.2005, Rs. C-6/03, Slg. 2005, I – 2777 = NVwZ 2005, 794 (*Eiterköpfe*).
- <sup>79</sup> *Kingreen*, JZ 2013, 801 (806f.); BVerfG, Urt. v. 13.03.2007 – 1 BvF 1/05 –, BVerfGE 118, 79-111 = NVwZ-RR 2007, 937; BVerfG, Urt. v. 11.3.2008 (Einstweilige Anordnung) – 1 BvR 256/08 –, BVerfGE 121, 1-30 = NVwZ 2008, 543 Rn. 135.
- <sup>80</sup> Charta-Erläuterungen, ABl 2007, C-303/32.
- <sup>81</sup> So etwa *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 24ff.; *Cremer*, NVwZ 2003, 1455; *Kingreen*, in: Calliess/ Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 16; *Huber*, NJW 2011, 2385 (2387); *Kingreen*, EuGRZ 2004, 570 (576).
- <sup>82</sup> Vgl. u. a. *Nowak*, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 6 Rn. 48; *Ladenburger*, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechtecharta, 1. Aufl. 2006, Art. 51 Rn. 23; *Posch*, ÖJZ 2013, 380 (381); *Grabenwarter*, EuGRZ 2004, 563 (564); *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2. Aufl. 2013, Art. 51 Rn. 21.
- <sup>83</sup> EuGH, Urt. v. 12.6.2003, Rs. C-112/00, Slg. 2003, I-5659 = NJW 2003, 3185 (*Schmidberger*).
- <sup>84</sup> Zum Folgenden auch *Ladenburger*, in: Laffranque (Hrsg.), The Protection of Fundamental Rights Post-Lisbon: The Interaction between the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the European Convention on Human Rights and National Constitutions, S. 141 (167f.).
- <sup>85</sup> EuGH, Urt. v. 1.3.2011, Rs. C-457/09, Slg. 2011, I-0081 (*Chartry*).
- <sup>86</sup> EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Rs. C-206/2013, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) = NVwZ 2014, 575 Rn. 25 (*Siragusa*).
- <sup>87</sup> *Kingreen*, JZ 2013, 801 (803); *Masing*, Einheit und Vielfalt des Grundrechtsschutzes in Europa, 2014 (im Erscheinen).
- <sup>88</sup> *Kingreen*, JZ 2013, 801 (808).
- <sup>89</sup> EuGH, Urt. v. 26.2.2013, Rs. C-399/11, (noch nicht in Slg. veröffentlicht) (*Melloni*).
- <sup>90</sup> EuGH, Urt. v. 22.6.2010, Rs. C-188/10, Slg. 2010, I-05667 (*Melki und Abdeli*).

## Zusammenfassung der zweiten Diskussion zum Symposium – Grenzen europäischer Normgebung

Die Diskussion zum zweiten Themenblock des Symposiums begann mit einer Frage von Prof. Dr. **Hans D. Jarass** (Universität Münster) an *Grabenwarter* bezogen auf dessen Vorschlag, die nationalen Verfassungsgerichte sollten die EU-Grundrechtecharta in ihren Prüfungsmaßstab aufnehmen. Dies habe sicherlich zum Hintergrund, dass der Österreichische Verfassungsgerichtshof diesen Schritt gegangen sei. Konkret zielte die Frage darauf, wie lange dies in Österreich schon Praxis sei, in welchen Verfahren die Rechtsprechung so vorging und welche Erfahrungen man damit gemacht habe.

Prof. Dr. Dr. **Christoph Grabenwarter** (Wirtschaftsuniversität Wien) erläuterte dazu, sein Vorschlag zielen auf eine ähnliche Entwicklung, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Sicherungsverwahrung<sup>1</sup> vollzogen habe, als es die Maßstäbe der EMRK aktiv in seine Grundrechtsprüfung einbezogen habe. Bei der EU-Grundrechtecharta sei man freilich noch nicht so weit. Die Situation in Österreich unterscheide sich in einem Punkt grundlegend von derjenigen in Deutschland, denn Österreich habe keinen verfassungsrechtlich geschlossenen Grundrechtekatalog. Es gebe immer noch einen Grundrechtskatalog aus dem Jahr 1867, der 1920 rezipiert wurde, und der gelte nach seiner Überschrift noch für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder. Der Katalog sei also nicht mehr zeitgemäß. Man habe daher schon in den 1960er-Jahren die EMRK als Maßstab kraft Gesetzes herangezogen. Vor zwei Jahren habe dann der Verfassungsgerichtshof die EU-Grundrechtecharta in einer Entscheidung zum Asylrecht vor dem Hintergrund herangezogen, dass es in Österreich keine umfassende Rechtsschutzgarantie oder ein Gebot zur mündlichen Verhandlung gebe, das über die Gewährleistung des Art. 6 EMRK hinausgehe; in Asylsachen gelte der Art. 6 EMRK nicht. Ausgehend vom Äquivalenzgrundsatz hat der Österreichische Verfassungsgerichtshof

entschieden, dass europäische Rechtspositionen gegenüber verfassungsrechtlichen Rechtspositionen nicht schlechter stehen dürfen, und begann so, die EU-Grundrechtecharta mit ihrem Art. 18 zum Asylgrundrecht auf nationaler Ebene anzuwenden aus dem einfachen Grund, dass es in Österreich keine äquivalente verfassungsrechtliche Garantie gebe.

**Fabian Michel** (Universität Regensburg) ging auf die Harmonisierungsklausel nach Art. 52 Abs. 3 der EU-Grundrechtecharta ein, die den Rechtsanwender bei bestimmten Grundrechtsgewährleistungen vor unlösbare Probleme stellen könne. Als Beispiel nannte er die Eigentumsgewährleistung in Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK. Im Fall *Sky Austria*,<sup>2</sup> bei dem es um die Einschränkung exklusiver Übertragungsrechte durch unentgeltliche Kurzberichterstattung ging, habe der EuGH die Beschränkung lediglich unter dem Aspekt der unternehmerischen Freiheit geprüft. Die Prüfung der Eigentumsgewährleistung habe der EuGH mit dem Argument verneint, dass die betreffenden Exklusivrechte keine gesicherte Rechtsposition verliehen, die unter das Eigentumsrecht zu fassen wären. Dabei sei der EuGH allerdings nicht auf den EGMR eingegangen, obschon vieles dafür spreche, dass dieser einen solchen Fall durchaus unter die Eigentumsgewährleistung fassen könnte. Wie könne man dies mit der Auslegungsregel des Art. 52 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta in Einklang bringen?

**Grabenwarter** gab zu bedenken, dass es sich bei der EU-Grundrechtecharta um einen sehr viel weiter aufgefächerten Grundrechtskatalog handle. Das zeige sich etwa an Art. 7 und Art. 8 der EU-Grundrechtecharta. Das Recht auf Achtung der Privatsphäre sei in der EMRK nur ein Grundrecht. Der EGMR habe viele Fragen, die man unter nationalem Verfassungsrecht in der Berufsfreiheit verankert sehen könnte, unter Rückbindung auf Vertragspositionen im Eigentumsrecht diskutiert, weil eben eine Berufsfreiheit in der EMRK fehle. Da es neben der Eigentumsfreiheit keine andere wirtschaftliche Gewährleistung in der EMRK gebe, fasse der EGMR notgedrungen Rechtspositionen unter das Eigentumsrecht, die in den Mitgliedstaaten oder in der EU-Grundrechtecharta spezieller geregelt seien. Schwieriger als diese Frage werde noch das Verhältnis der spezielleren Schranken der wirtschaftlichen

Grundrechte der Art. 15 bis 17 der EU-Grundrechtecharta zu den allgemeinen Schranken des Art. 52 EU-Grundrechtecharta. Dieses Verhältnis werde sich erst über einen längeren Rechtsprechungszeitraum genauer klären lassen.

Dr. **Horst Satzky** (Hengeler Mueller) wandte sich an Professor **Schroeder** unter Bezug auf dessen These einer rechtstaatlichen Normalisierung auf Unionsebene, die anhand des Zusammenwachsens der Prüfungskriterien beim Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erkennbar sei. Eine solche Normalisierung sei nicht bei allen rechtsstaatlichen Prinzipien zu beobachten. Im Europäischen Kartellrecht gebe es beispielsweise eine Regelung zu Geldbußen bei Kartellverstößen, deren Höhe im Verhältnis zur Dauer und Schwere des Verstoßes und bis zu einer Gesamthöhe von 10 % gemessen am Gesamtumsatz des Unternehmens festgelegt werde. Der deutsche Gesetzgeber habe genau diese Kappungsregelung in das deutsche Recht übernommen. Der BGH habe jedoch diese Kappungsregelung wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aufgehoben und eine Obergrenze gefordert. Könne denn der Bestimmtheitsgrundsatz des Grundgesetzes derart unterschiedlich vom europäischen sein, dass die Kappungsgrenze auf europäischer Ebene noch nie seit ihrem Bestehen (1962) ein Thema gewesen sei?

Prof. Dr. **Werner Schroeder** (Universität Innsbruck) erläuterte dazu, dass es sich beim Bestimmtheitsgrundsatz – wie bei vielen anderen Prinzipien – sowohl um einen deutschen als auch um einen europäischen Begriff handele, die aber jeweils autonom auszulegen seien. Dadurch könne es zu Abweichungen kommen. Solange aber der EuGH noch nicht – wie der BGH – die Möglichkeit gehabt hätte, zur Frage der Bestimmtheit dieser Regelung Stellung zu beziehen, könne auch nicht ausgeschlossen werden, dass die Entscheidung ähnlich ausfalle.

**Grabenwarter** ergänzte dazu, dass man die Rechtsstaatsvorstellung nicht zu sehr von der eigenen Folie aus denken dürfe. Gerade im europäischen System müsse man berücksichtigen, dass unterschiedliche Rechtssysteme die rechtlichen Grundlagen prägten. Manche Aussagen im innerstaatlichen Verfassungsrecht könnten deshalb nicht ohne weiteres auf die europäische Ebene übertragen werden.

Prof. Dr. **Franz Mayer** (Universität Bielefeld) fügte hinzu, dass bestimmte

Reibungsphänomene in einem Mehrebenen-Grundrechtsschutz, wie er sich in Europa entwickle, unvermeidbar seien. Das habe damit zu tun, was man unter dem Begriff Gemeinwohl verstehe und welche Belange man in die Abwägung einstelle. Das Gemeinwohl auf nationaler Ebene könne sich von dem Gemeinwohl aus Perspektive des EuGH sowie aus Perspektive des EGMR unterscheiden. Gut demonstrieren lasse sich dies an der *Hoechst*-Entscheidung des EuGH<sup>3</sup> hinsichtlich der Frage, wie weit der Schutzbereich für die Unverletzlichkeit der Wohnung zu ziehen sei. Aus der Perspektive des EuGH würde eine Erweiterung des Schutzbereichs auf Unternehmensräumlichkeiten unter Umständen mit einer Beschränkung der Eingriffsmöglichkeiten der Kommission einhergehen – eine Überlegung, die für den EGMR nicht im Vordergrund stünde. Zum anderen sei es für solche Reibungsphänomene auch maßgebend, dass es verschiedene Spruchkörper gebe. So sei der EGMR ein reines Menschenrechtsgericht ohne Unterbau. Bei einem größeren juristischen Tätigkeitsspektrum, wie beim EuGH, könne die Zielrichtung durchaus eine etwas andere sein. Solche Reibungsphänomene ließen sich nicht vermeiden, könnten aber durch Verfahren und Gespräche zwischen den Gerichten und materielle Konvergenzvorschriften angeglichen werden.

Dr. **Dirk Uwer** (Hengeler Mueller) hob hervor, dass die verfassungsrechtliche Begrenzungsfunktion des Bestimmtheitsgebots im deutschen Recht vor allem bei den Sanktionsnormen wirke (Art. 103 Abs. 2 GG) und dessen Wert deshalb besonders hoch sei. Jedoch könne unser Verständnis des Bestimmtheitsgebots nicht ohne weiteres auf die europäische Ebene extrapoliert werden. Es gebe in dieser Hinsicht unterschiedliche Konzeptionen. Der angelsächsische Rechtskreis stelle nicht die gleichen Anforderungen an die Vorhersehbarkeit und Bestimmtheit von Sanktionen, so dass die Einführung einer Obergrenze bei einer pekuniären Sanktion dort kein verfassungsrechtliches Gebot sei.

Dr. **Anna Mrozek** (Universität Leipzig) warf anschließend die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsprechungsorgane EuGH, EGMR und Bundesverfassungsgericht auf. Insbesondere in der Argumentationsweise der Gerichte würden sich Unterschiede zeigen, die schwerlich miteinander zu vereinbaren seien. Welches Verhältnis sei zwischen den Gerichten und entsprechend zwischen den Grundrechtsebenen langfristig zu erwarten?

Zur ersten Frage führte **Grabenwarter** aus, er sehe den EuGH gegenüber dem EGMR in einem ähnlichen Verhältnis wie die nationalen Gerichte. Der EuGH sei – wie die nationalen Gerichte – letztzuständig in einer relativ homogenen Rechtsordnung. Anders sei dies bei der EMRK mit ihren 47 Mitgliedstaaten mit teils unterschiedlichen Rechtskulturen. Aufgrund dieser Vielfalt könne der EGMR Handlungsspielräume der Vertragsstaaten nicht in einer Weise verkleinern, wie dies dem EuGH etwa beim Binnenmarkt möglich sei. Deshalb erkenne der EGMR den Vertragsstaaten eine “margin of appreciation” zu. Aufgrund der Vergleichbarkeit der Position des EuGH mit denen der nationalen Gerichte gegenüber dem EGMR müsse dies auch im Verhältnis des EGMR gegenüber dem EuGH gelten. Zum Verhältnis der nationalen zu den europäischen Grundrechtsgewährleistungen führte *Grabenwarter* aus, die Art. 51 bis 53 EU-Grundrechtecharta seien von dem Gedanken getragen, dass jede der Grundrechtsschichten ihre Berechtigung habe. Diese Bedeutung käme den nationalen Verfassungen in den Grenzen von *Melloni*<sup>4</sup> immer zu.

**Mayer** ergänzte mit Blick auf den Anwendungsbereich nach Art. 51 EU-Grundrechtecharta und die *Åkerberg Fransson*-Entscheidung des EuGH,<sup>5</sup> dass die Frage der Grundrechtsbindung im europäischen Kontext ein sehr kritisches Thema sei. Dies sei auch an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über das Antiterrordateigesetz<sup>6</sup> und noch deutlicher in der entsprechenden Pressemitteilung<sup>7</sup> zum Ausdruck gekommen. Die Problematik müsse aber differenzierter betrachtet werden. In Mitgliedstaaten der EU mit einer weniger ausgebildeten Grundrechtsjudikatur wäre ein zusätzlicher Grundrechtshüter durchaus ein Zugewinn. Unter diesem Aspekt habe der EuGH in der *Åkerberg Fransson*-Entscheidung das Bundesverfassungsgericht mit hoher Wahrscheinlichkeit gar nicht ansprechen wollen.

Prof. Dr. **Christoph Herrmann** (Universität Passau) wandte sich an *Grabenwarter* mit einer Rückfrage zur Notwendigkeit der Änderung des europäischen Primärrechts. Unter normhierarchischen Gesichtspunkten würde die Beitrittsakte nicht nur von Rat und Parlament nach Art. 218 AEUV, sondern zusätzlich auch durch die 28 Mitgliedstaaten nach völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Regelungen zu ratifizieren seien. Die Beitrittsakte erhalte dadurch bereits einen primärrechtsähnlichen

Charakter.

**Grabenwarter** stimmte zu, es sei eine Besonderheit des Beitrittsabkommens, dass der Beitritt in zweierlei Funktion von den nationalen Parlamenten beschlossen werde, so dass ihm primärrechtlicher Charakter zukomme, der keine Unterscheidung zur Primärrechtsänderung mehr erforderlich mache. Der Einwand, dass der Beitritt zur EMRK eine Primärrechtsänderung erfordere, sei aber von dem Gedanken getragen, dass unter normalen Umständen ein völkerrechtlicher Vertrag dem EU-Primärrecht nicht vorgehe.

Prof. Dr. **Wolfgang Weiß** (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer) nahm auf These 9<sup>8</sup> des Thesenpapiers von Mayer Bezug und fragte diesen, ob er die Abwehrriktion des Art. 4 Abs. 2 EUV so auslegen würde, dass man mit Hilfe nationaler verfassungsrechtlicher Grundaussagen sich in bestimmten Fallsituationen über europäisches Recht hinwegsetzen dürfe. Bislang habe der EuGH allerdings außerhalb des Art. 4 Abs. 2 EUV, etwa in der *Omega Spielhallen*-Entscheidung,<sup>9</sup> nationale verfassungsspezifische Aussagen lediglich akzeptiert.

**Mayer** führte aus, die Überlegung bei Art. 4 Abs. 2 EUV sei, feste Bestände in nationalen Verfassungsordnungen zu identifizieren, welche die nationale Verfassungsidentität ausmachten, und in eine dogmatisch handhabbare Form zu gießen. Diese Bereiche sollten dann auch europarechtsfest sein. Dies sei nicht der Stand der Rechtsprechung, aber eine Entwicklungsmöglichkeit, die Gespräch zwischen den beiden Rechtsebenen etwa im Wege der Vorlage erfordere, obschon das Bundesverfassungsgericht bislang eher die Deutungshoheit über den Gegenstand deutscher Verfassungstradition für sich beansprucht habe. Tendenzen zur Berücksichtigung identitätsstiftender nationaler Besonderheiten seien auf der europäischen Ebene bislang etwa durch Ergänzung des Primärrechts im Einzelfall oder durch Einschränkung der Grundfreiheiten in Sonderkonstellationen wie dem *Omega*-Fall zu beobachten gewesen. Das vorbehaltlose Vorrangprinzip aus *Costa/E.N.E.L.*<sup>10</sup> sei insoweit nicht mehr zu halten. Die Besonderheiten nationaler Verfassungstraditionen könnten aber in etwas allgemeingültigerer Weise über Art. 4 Abs. 2 EUV Berücksichtigung



finden. In der Rechtssache *Sayn-Wittgenstein*<sup>11</sup> habe der EuGH diesen Weg bereits aufgezeigt. Ein Dialog in dieser Hinsicht sei aber auch aus deutscher Sicht schon deshalb sinnvoll, weil die Hürden, die sich das Bundesverfassungsgericht gesetzt habe, um seine Funktion als Grundrechtshüter gegenüber dem EuGH auf europäischer Ebene wieder zu aktivieren, sehr hoch gesetzt habe.

**Grabenwarter** stimmte zu, dass es keine alleinige Definitionshoheit eines Mitgliedstaates bei den Verfassungstraditionen geben könne, da die Mitgliedstaaten andernfalls von Art. 4 Abs. 2 EUV beliebig Gebrauch machen könnten. Ein Beispiel, das die Möglichkeiten zur Berücksichtigung der nationalen Verfassungsidentität aber eindringlich illustriere, sei der Fall der Leugnung des Völkermordes an den Armeniern und die Verurteilung der Schweiz durch den EGMR, den die Schweiz nunmehr vor die Große Kammer des EGMR gezogen habe.<sup>12</sup> In solch einem Fall könne wegen der historischen Besonderheiten eine weitergehende Einschränkung der Meinungsfreiheit zugelassen werden, selbst wenn diese in anderen Mitgliedstaaten der EU nicht so weit ginge.

**Alix Schlüter** (Bucerius Law School) wandte sich anschließend an Mayer mit der Frage, ob und auf welchem dogmatischen Weg sich eine direkte Bindung der EU an Menschenrechtsverträge begründen lasse, die lediglich die Mitgliedstaaten ratifiziert hätten, wie dies etwa bei der Anti-Rassismus-Konvention der Fall sei.

**Mayer** erläuterte, die Methodik des EuGH bei der Anlehnung an den internationalen Menschenrechtsschutz sei getragen von der Suche nach konkreten Gehalten. Wenn in den Mitgliedstaaten entsprechende Gewährleistungen bestünden, so spreche vieles dafür, dass es sich dabei auch um ein EU-Grundrecht handle. Auch jenseits der EMRK sei eine Anlehnung an weitere Menschenrechtsinstrumente möglich, jedoch immer unter dem Aspekt der Rechtserkenntnisquelle, aber nicht der Rechtsquelle. Die Frage, ob die EU über ihre Mitgliedstaaten an weitere Menschenrechtspakte gebunden ist, sei aber eine andere und könne verglichen werden mit der bisherigen Diskussion über die Bindung der EU an die EMRK. Eine Konstellation, die durch die *Bosphorus*-Rechtsprechung des EGMR<sup>13</sup> aufgelöst worden sei. Inwieweit aber ein Zugewinn an Menschenrechtsschutz für den Einzelnen aus anderen

Menschenrechtspakten ohne ein zusätzliches Gericht, wie den EGMR, zu erwarten wäre, erscheine eher zweifelhaft.

**Schroeder** ergänzte, dass solche Menschenrechtspakte zu materiellen Standards auf europäischer Ebene führen könnten, wenn sich der EuGH dieser als Rechtserkenntnisquelle bediene, wie etwa im Fall *Lisa Jaqueline Grant*.<sup>14</sup> Dazu bedürfte es aber keiner Konstruktionen wie (Teil-)Rechtsnachfolge, sondern auch eine mittelbare Bindung könne zu erhöhten materiellen Standards führen.

Anschließend ging Prof. Dr. **Ulrich Fastenrath** (TU Dresden) auf den Vortrag von *Schroeder* mit Bezug auf die Angemessenheitsprüfung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein. Ob es sich dabei tatsächlich um einen „Fortschritt“ handle, sei fraglich. Denn bei der Abwägung der verschiedenen Güter in der Angemessenheit handle es sich letztlich um eine politische Entscheidung, bei der keiner der Interessen von vornherein bestimmtes Gewicht zukäme. Es sei deshalb unter Umständen sinnvoller, sich auf eine Vertretbarkeitskontrolle zu beschränken. Gerade in einem Mehrebenensystem gebe es ganz unterschiedliche Stellen, die Interessen ganz unterschiedlich gewichten würden. Durch eine reine Vertretbarkeitskontrolle könnten manche Dissonanzen reduziert werden.

**Schroeder** entgegnete darauf, dass die Angemessenheitsprüfung deshalb ein unverzichtbarer Bestandteil einer Grundrechtsprüfung sei, weil sie ermögliche, auch auf den Einzelfall einzugehen und die Intensität von Eingriffen konkret zu bewerten. Niemand bestreite, dass es Prognosespielräume geben müsse. Dieser Umstand dürfe aber nicht dazu führen, dass ein Eingriff von erheblicher Bedeutung nicht noch einmal kontrolliert werde. Dass der bisherige Prüfungsmaßstab des EuGH im Sinne einer Vertretbarkeitskontrolle nicht funktioniert habe, zeige der Umstand, dass der EuGH über 50 Jahre kaum Rechtsakte aufgehoben habe. Dies sei nicht darin begründet, dass die Gesetzgebung grundrechtskonform gewesen sei, sondern vielmehr darin, dass die Grundrechtsprüfung lange Zeit kursorisch und pauschalierend erfolgt sei. Eine solche Vertretbarkeitsprüfung deklassiere Grundrechte.

**Mayer** gab zu bedenken, dass die Verhältnismäßigkeitsprüfung eine sehr deutsche dogmatische Figur sei, die wir mit großem Erfolg exportiert hätten. Bei der Wahl zwischen Verhältnismäßigkeitsprüfung und

Vertretbarkeitsprüfung sei gegebenenfalls eine sektorspezifische Betrachtung erforderlich. Es könne bestimmte Bereiche geben, in denen eine Vertretbarkeitsprüfung ihre Berechtigung habe. Abschließend wies er darauf hin, dass bei aller mit Sicherheit auch berechtigten Kritik bei Kompetenz- und Grundrechtsfragen auf europäischer Ebene, gerade mit Blick auf die dogmatische Ausdifferenzierung auf innerstaatlicher Ebene, die zivilisatorische Leistung im Blick behalten werden müsse, die im Begriff der Rechtsgemeinschaft liege.

\*\*\*

- 
- <sup>1</sup> Siehe Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 4. Mai 2011, BVerfGE 128, 326 ff.
  - <sup>2</sup> EuGH, Urteil vom 22. Januar 2013, Rs. C-283/11 – *Sky Austria*.
  - <sup>3</sup> EuGH, Urteil vom 21. September 1989, Verb. Rs. C-46/87 und 227/88 – *Hoechst*.
  - <sup>4</sup> EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, Rs. C-399/11 – *Melloni*. Der EuGH entschied in diesem Verfahren, dass ein Mitgliedstaat seine eigenen Verfassungstraditionen der Anwendung von Unionsrecht nicht entgegenhalten könne, wenn dieses Unionsrecht mit den Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta vereinbar sei. Ein höheres Schutzniveau im nationalen Bereich sei deshalb bei der Durchführung von Unionsrecht unbeachtlich. Soweit Unionsrechtsakte nationale Durchführungsmaßnahmen erforderlich machten, stehe es den Mitgliedstaaten aber frei, nationale Schutzstandards für die Grundrechte anzuwenden, sofern durch diese Anwendung weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt werde, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt würden.
  - <sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 26. Februar 2013, Rs. C-617/10 – *Åkerberg Fransson*. In der Entscheidung urteilte der EuGH, dass die EU-Grundrechte im Geltungsbereich des Unionsrechts auch dann zur Anwendung kämen, wenn nationale Rechtsvorschriften nicht unmittelbar der Umsetzung der Richtlinie 2006/112 dienten. Für die Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte genügte dem EuGH die Feststellung, dass durch die Anwendung nationaler Vorschriften ein Verstoß gegen die Bestimmungen der Richtlinie geahndet würde.
  - <sup>6</sup> Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 24. April 2013, Az. 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499. Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, dass die Entscheidung des EuGH in Sachen *Åkerberg Fransson* auf Besonderheiten des Umsatzsteuerrechts beruhe. Die europäischen Grundrechte seien bei rein nationalen Rechtsvorschriften von vornherein nicht anwendbar.
  - <sup>7</sup> Bundesverfassungsgericht, Pressemitteilung Nr. 31/2013 vom 24. April 2013.
  - <sup>8</sup> These 9 aus dem Thesenpapier von Prof. Dr. Mayer lautete: “Über Art. 4 Abs. 2

EUV kommen zunehmend mitgliedstaatliche Verfassungsüberlieferungen im Bereich der Grundrechte nun auch mit einer Abwehrhaltung gegen das Unionsrecht in den Blick. Mitgliedstaatliche Grundrechtsgehalte können Teil der nationalen Verfassungsidentität sein, die das Unionsrecht achtet. Allerdings wird dies im Ausgangspunkt gerade nicht gemeinsame Verfassungsüberlieferungen betreffen, sondern mitgliedstaatspezifische Verfassungsüberlieferungen. Nicht ausgeschlossen ist damit freilich, dass in mehr als einem Mitgliedstaat gleichartige Grundrechtsgehalte bestehen, die unter Art. 4 Abs. 2 EUV fallen können.”

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2004, Rs. C-36/02 – *Omega*.

<sup>10</sup> EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64 – *Costa/E.N.E.L.*

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 22. Dezember 2010, Rs. C-208/09 – *Sayn-Wittgenstein*. In diesem Verfahren hatte der EuGH unter Hinweis auf Art. 4 Abs. 2 EUV und vor dem Hintergrund der österreichischen Verfassungsgeschichte, im österreichischen Adelsaufhebungsgesetz von 1919 einen Rechtfertigungsgrund für die Beschränkung der Freizügigkeit einer österreichischen Staatsangehörigen, der Ilonka (Fürstin von) Sayn-Wittgenstein, gesehen. Die Beschränkung bestand darin, dass die österreichischen Behörden den Adelstitel “Fürstin von”, den die Klägerin durch Adoption durch Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein, einen deutschen Staatsangehörigen, erhalten hatte, nicht anerkannten und sie in ihren Registern deshalb unter dem Namen Ilonka Sayn-Wittgenstein führten.

<sup>12</sup> EGMR, Urteil vom 17. Dezember 2013, Beschwerde Nr. 27510/08 – *Perinçek gegen Schweiz*. Der Beschwerdeführer Doğu Perinçek wurde vom schweizerischen Bundesgericht wegen seiner Leugnung des Völkermordes an den Armeniern durch das Osmanische Reich in den Jahren 1915 und 1916 nach Artikel 261<sup>bis</sup> (Rassendiskriminierung) des schweizerischen Strafgesetzbuches verurteilt. Der EGMR entschied, dass die Verurteilung durch das schweizerische Bundesgericht die Meinungsfreiheit des Beschwerdeführers nach Artikel 10 EMRK verletzt habe, denn es gebe u.a. keinen internationalen Konsens darüber, dass der Massenmord an den Armeniern als Völkermord zu werten sei. Der Ausschuss der Großen Kammer hat den Fall am 2. Juni 2014 zur Entscheidung angenommen.

<sup>13</sup> EGMR, Urteil vom 30. Juni 2005, Beschwerde Nr. 45036/98 – *Bosphorus*.

<sup>14</sup> Siehe EuGH, Urteil vom 17. Februar 1998, Rs. C-249/96 – *Lisa Jacqueline Grant*. In Randnummer 43 f. des Urteils geht der EuGH auf den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 ein. “Dieser Pakt gehört zu den völkerrechtlichen Übereinkünften zum Schutz der Menschenrechte, denen der Gerichtshof bei der Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts Rechnung trägt.”

# Schlussbemerkungen

PROF. DR. DORIS KÖNIG, M.C.L.

Ziel des Symposiums zu dem Thema „Grenzen europäischer Normgebung – EU-Kompetenzen und Europäische Grundrechte“ war es, im fünften Jahr nach dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages eine Bestandsaufnahme durchzuführen und eine Zwischenbilanz zu ziehen. Es ging einerseits darum, sich einen Überblick darüber zu verschaffen, ob die Union dem Bestreben des Vertrages nach einer klareren vertikalen Kompetenzabgrenzung zwischen Union und Mitgliedstaaten und einer Stärkung des Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzips zum Schutze mitgliedstaatlicher Kompetenzen bei Gesetzgebungsvorhaben, insbesondere im Bereich der Rechtsangleichung im Binnenmarkt, Rechnung getragen hat. Andererseits sollte herausgearbeitet werden, in welche Richtung sich der mehrschichtige Grundrechtsschutz in der Union bereits entwickelt hat und nach dem geplanten Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention zukünftig entwickeln wird. Auch hier stellte sich letztlich die Frage, ob ein verstärkter Grundrechtsschutz auf Unionsebene zumindest ergänzend zu einer Begrenzung europäischer Normgebung beitragen kann.

Bei der Frage nach den Kompetenzgrenzen des Unionsgesetzgebers, der im ersten Tagungsmodul nachgegangen wurde, hat die Bestandsaufnahme Folgendes ergeben:

*Christian Calliess* hat die Entwicklungslinien der Verwirklichung des Binnenmarktes nachgezeichnet und zwei Strategien aufgezeigt: die sog. negative Integration, die sich über das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung definiert, und die sog. positive Integration, die durch Harmonisierungsvorschriften des europäischen Gesetzgebers gekennzeichnet ist. Seit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte (1987) habe die Vorgängernorm des heutigen Art. 114 AEUV (Art. 100a EWGV) eine ungeahnte Dynamik bei der Schaffung des Binnenmarktes ausgelöst. Sie habe das „Einfallstor“ für zahlreiche Sekundärrechtsakte zur

Verwirklichung des Binnenmarktes gebildet. Diese stürmische Entwicklung habe zu einem stetigen Kompetenzzuwachs der Union zu Lasten der Mitgliedstaaten geführt. Da Kompetenzfragen, so *Calliess*, auch immer Machtfragen seien, hätten es die Mitgliedstaaten mit dem Vertrag von Maastricht 1992 und insbesondere mit dem Vertrag von Lissabon unternommen, dieser Entwicklung gegenzusteuern. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sei betont (Art. 5 Abs. 2 EUV), die Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten hervorgehoben (Art. 4 Abs. 2 EUV), das Subsidiaritätsprinzip des Maastrichter Vertrags neu formuliert und durch Subsidiaritätsrüge und -klage prozedural abgesichert (Art. 5 Abs. 3 EUV und das neue Subsidiaritätsprotokoll) und für die Auslegung des Verhältnismäßigkeitsprinzips klargestellt worden, dass der europäische Gesetzgeber die für die Mitgliedstaaten souveränitätsschonendste Maßnahme wählen müsse. Inzwischen herrsche auch Einigkeit darüber, dass die Rechtsangleichung im Binnenmarkt zu den geteilten Zuständigkeiten des neuen Zuständigkeitskatalogs (Art. 2 ff. AEUV) gehöre und damit dem Subsidiaritätsprinzip unterfalle. Der EuGH habe erstmals im Tabakwerbeverbotsurteil aus dem Jahr 2000 die Abgrenzungskriterien zwischen der Rechtsangleichung auf der Grundlage von Art. 114 AEUV und anderen Politiken der Union, in diesem Fall der Gesundheitspolitik, herausgearbeitet und dem Begriff des Binnenmarktes konkrete Tatbestandsvoraussetzungen implantiert. Er habe hervorgehoben, dass sich der EU-Gesetzgeber, wenn er zwei unterschiedliche Handlungsziele – die Beseitigung von Handelshemmnissen einerseits und den Schutz der Gesundheit andererseits – verfolge, nur dann auf die Harmonisierungsklausel stützen könne, wenn die von ihm zur Begründung herangezogenen Wettbewerbsverzerrungen tatsächlich spürbar seien. In seinem zweiten Tabakwerbeverbotsurteil aus dem Jahr 2006 sei der EuGH allerdings hinter seiner eigenen Leitentscheidung zurückgeblieben.

Angesichts der weitgehenden Vollendung des Binnenmarkts und der nach wie vor bestehenden Gefahr der Umgehung spezieller – eingeschränkter – Gesetzgebungskompetenzen durch die Berufung des Unionsgesetzgebers auf die final ausgerichtete, politikübergreifende Generalkompetenz in Art. 114 AEUV spricht sich *Calliess* für die Abschaffung dieser Norm aus. Dies wäre nicht das Ende der Rechtsangleichung, die weiterhin auf der Grundlage rechtlich besser bestimmbarer und kontrollierbarer

Handlungsvorgaben in den spezifischen Kompetenzgrundlagen möglich sei. Kompetenzlücken könnten immer noch durch den Rückgriff auf Art. 352 AEUV – bei Einstimmigkeit im Ministerrat – geschlossen werden.

Auch dem zweiten Referenten, *Martin Nettesheim*, gelang es, den Zuhörern einen interessanten Vorschlag zur Auslegung und Anwendung des Subsidiaritätsprinzips zu unterbreiten. Er setzte sich sehr kritisch mit dem Subsidiaritätsprinzip als materialem Ordnungsprinzip, wie es zumindest in Deutschland von der h.M. verstanden wird, auseinander. Dieser Auffassung setzte er die These entgegen, dass es sich bei der Subsidiarität in der Form, die sie mit dem Vertrag von Lissabon gefunden habe, nicht um einen substantiellen Rechtsbegriff handele, sondern um ein Verfahrenskonzept. Zur Begründung dieser These zog er sowohl die vertragliche Konzeption der Subsidiarität als auch die bisherige Rechtsprechung des EuGH heran. Die größte Schwäche der vertraglichen Konzeption bestehe darin, dass der Subsidiaritätsmaßstab nicht an die Ziele des EU-Vertrags anknüpfe, sondern an die politischen Ziele, die das handlungswillige EU-Organ – in der Regel die Kommission – verfolge. Hinzu kämen unscharfe Operationalisierungsmaßstäbe in Art. 5 Abs. 3 EUV, die zahlreiche Fragen aufwürfen und in der Praxis dazu geführt hätten, dass die Verfügung über die Grenzen der Subsidiarität weitgehend in die Hand der EU-Organe gelegt worden sei. Der EuGH habe diese Entwicklung von Anfang an mit Indifferenz begleitet. Er habe sich noch nie vertieft mit der Frage befasst, welche Handlungskapazitäten den Mitgliedstaaten zur Bewältigung einer bestimmten Problemlage zur Verfügung stünden. Die Legitimität eines von dem handelnden EU-Organ verfolgten Zieles habe er ebenfalls noch nie in Frage gestellt; bei der Prüfung der Zweck-Mittel-Relation sei er zurückhaltend. Damit stehe er allerdings nicht allein, sondern schließe sich den allgemeinen Praktiken in föderalen Systemen an, in denen Streitigkeiten über Kompetenzen vor allem politisch ausgetragen würden. Insgesamt habe der Integrationsverlauf in den letzten 20 Jahren deutlich gemacht, dass der Grundsatz der Subsidiarität den Anspruch, eine „Leitidee der europäischen Integration“ zu sein, nicht eingelöst habe. Vor dem Hintergrund dieser ernüchternden Bilanz entwickelte *Nettesheim* ein prozedurales Verständnis von Subsidiarität. Gerade die Abschaffung materieller Kriterien und die Einführung der Subsidiaritätsrüge und -klage zeigten, dass sich der



Subsidiaritätsmechanismus zu einem Instrument politischer Koordination bzw. zu einem Verfahrens- und Verständigungskonzept entwickelt habe. Dementsprechend bestehe die neue Rolle des EuGH darin, zu prüfen, ob sich die Kommission ernsthaft mit den Einwänden der nationalen Parlamente auseinandergesetzt habe. Für die Ultra-vires-Kontrolle, die das Bundesverfassungsgericht für sich beanspruche, hätte dies zur Folge, dass das Gericht künftig nur noch die Einhaltung der Verfahrens- und Verständigungsregeln überprüfe. Zum Schluss betonte *Nettesheim*, dass sich „gelebte Subsidiarität“ erst einstellen werde, wenn die Kompetenzordnung insgesamt regelmäßig überprüft und Kompetenzrückverlagerungen auf die Mitgliedstaaten nicht tabuisiert würden.

Der dritte Referent, *Walter Obwexer*, ging schließlich der Frage nach, ob im Zuge der Rechtsangleichung Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten der Verwirklichung des Binnenmarktes entgegenstehen. Zunächst stellte er die verschiedenen, im Vertrag vorgesehenen Methoden der Harmonisierung dar, die von der Vollüber die Teil- bis hin zur Mindestharmonisierung reichen. Welche Art der Harmonisierung gewählt werde, hänge von der vertraglichen Rechtsgrundlage ab, wobei dem Unionsgesetzgeber ein weites Ermessen zukomme. Allerdings müsse dieser bei der Ausgestaltung der Regelung neben dem Subsidiaritäts- und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip auch die Grundfreiheiten und die Unionsgrundrechte beachten. Dabei unterliege er der Kontrolle durch den EuGH. Bei einer Vollharmonisierung werde ein bestimmter Sachbereich vom Unionsrecht abschließend geregelt. Teil- und Mindestharmonisierung erlaubten demgegenüber Abweichungen der Mitgliedstaaten und folglich den Wettbewerb der Rechtsordnungen. Damit stünden sie zwar der Verwirklichung des Binnenmarktes nicht entgegen, schränkten aber den Wettbewerb in der Union durch die Zulassung strikterer nationaler Regelungen in bestimmten Bereichen ein. Dadurch werde ein rechtspolitischer Druck zur Nivellierung der Regelungen nach unten, also in Richtung des kleinsten gemeinsamen Nenners, erzeugt. Die Kommission habe, nachdem sie zwischen 1962 und 1985 zunächst das Ziel der Vollharmonisierung verfolgt habe, im Zuge einer beschleunigten Vollendung des Binnenmarktes eine „neue Strategie“ entwickelt. Diese habe sich auf Mindestharmonisierungen beschränkt und sei durch das

Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ergänzt worden. Seit 2008 sei aber eine Rückkehr zur „gezielten Vollharmonisierung“ zu beobachten, d.h., die Kommission setze die Vollharmonisierung nicht mehr flächendeckend, sondern gezielt in bestimmten Regelungsbereichen ein. Betrachte man die unterschiedlichen Harmonisierungsmethoden, so zeige sich, dass Öffnungsklauseln der Verwirklichung des Binnenmarktes grundsätzlich nicht entgegenstünden. Was die Kontrolle des Unionsgesetzgebers durch den EuGH betreffe, so sei dieser zwar für Kompetenzfragen sensibilisiert und habe inzwischen für die Rechtsangleichung gute Maßstäbe entwickelt. Diese würden von den Unionsorganen aber nicht konsequent angewandt. Vielmehr komme es zu einem verstärkten Rückgriff auf Art. 114 AEUV, zumal die augenblickliche wirtschaftliche Krise durch Wirtschaftswachstum überwunden werden solle, was nach Auffassung der Kommission zum Abbau von Wettbewerbsbeschränkungen eine stärkere Rechtsangleichung erfordere.

In der anschließenden Diskussion fand der Vorschlag von *Calliess*, Art. 114 AEUV bei der nächsten Vertragsänderung abzuschaffen, weitgehend Zustimmung, wenn auch allen Beteiligten klar war, dass er sich politisch wohl nicht durchsetzen ließe. Vielmehr sei, wie von *Obwexer* beobachtet, zu erwarten, dass sich die Kommission im Zuge der Finanz- und Schuldenkrise wieder vermehrt auf Art. 114 AEUV berufen werde. Viel Kritik fand dagegen *Nettesheims* Neuinterpretation des Subsidiaritätsmechanismus, weil sie auf ein „politisches Recht“ hinauslaufe und Subsidiarität dann nicht mehr justiziabel sei. Insgesamt herrschte auf dem Podium die Auffassung vor, dass EuGH und Kommission sich zwar in einem Lernprozess befänden, angesichts der Anzahl von 28 Mitgliedstaaten mit unterschiedlichsten Regelungsansätzen aber hin- und hergerissen seien. Gerade der Gerichtshof müsse die von ihm erarbeiteten Maßstäbe zu Art. 114 AEUV konsequent anwenden und künftig auch die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips genauer prüfen. Dieses habe nämlich bisher in der Praxis – hier stimmten *Obwexer* und *Nettesheim* überein – fast keine begrenzende Wirkung entfalten können. Deshalb sei es Aufgabe der Mitgliedstaaten und der Öffentlichkeit, die Einhaltung der Kompetenzordnung durch die EU-Organen immer wieder einzufordern.

Im zweiten Tagungsmodul ging es um die Beschaffenheit des

Grundrechtsschutzes in der Union, nachdem die Grundrechtecharta verbindlich geworden war, und das Ineinandergreifen der unterschiedlichen Grundrechtsebenen. Dabei ergab sich Folgendes:

*Franz Mayer*, der erste Referent des Nachmittags, untersuchte den Einfluss mitgliedstaatlicher Grundrechtsgewährleistungen auf die EU-Grundrechtecharta. Zunächst zeichnete er die Entwicklung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft nach, die dadurch geprägt war, dass der EuGH mithilfe der Methode der wertenden Rechtsvergleichung vor allem auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zurückgriff. Dabei sei der Blick auf die Mitgliedstaaten mit dem Ziel der Inspiration, nicht mit dem Ziel einer empirischen Vergleichsuntersuchung erfolgt. Der EuGH habe danach gefragt, welche Elemente aus den nationalen Grundrechtstraditionen sich für das Unionsrecht fruchtbar machen ließen. Trotz berechtigter Kritik an mangelnder Transparenz und Nachvollziehbarkeit ermögliche die wertende Rechtsvergleichung aufgrund ihrer Dynamik auch heute noch eine kontinuierliche Modernisierung der europäischen Grundrechtsordnung. In Art. 6 EUV sei das Verhältnis zwischen den insbesondere auf den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen beruhenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen einerseits und den Chartarechten andererseits nicht eindeutig bestimmt. Es spreche manches für eine Duplizierung der Grundrechte mit gegenseitiger Auffangfunktion. In Art. 52 Abs. 4 der Grundrechtecharta sei zudem festgehalten, dass Chartarechte, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergäben, im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt werden müssten. Damit behielten die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen mitsamt der Methode der wertenden Rechtsvergleichung im Grundrechtsschutz der EU weiterhin ihren festen Platz. Das wertende Element dieser Methode gestatte nach wie vor die Verarbeitung von Divergenz. Zum Schluss ging *Mayer* einem sehr interessanten Gedanken nach, der Grundrechte betrifft, die gerade nicht Teil der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen sind. Über die in Art. 4 Abs. 2 EUV verankerte Pflicht der Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, könnten bestimmte mitgliedstaatliche Grundrechte als Teil der nationalen Identität auch als Abwehrmechanismus gegenüber dem Unionsgesetzgeber eingesetzt

werden. Legte man Art. 4 Abs. 2 EUV in dieser Weise aus, so ließe er sich als Rücknahme des bedingungslosen Vorranganspruchs und damit auch als Grenze der Einheitlichkeit des Unionsrechts deuten. Allerdings könne in einem Verfassungsverbund die Entscheidung darüber, was zur nationalen Identität gehöre – und damit dem Vorranganspruch des Unionsrechts entgegengehalten werden könne –, nicht unilateral, sondern nur im Dialog mit dem EuGH getroffen werden.

Der zweite Referent des Nachmittags, *Werner Schroeder*, analysierte die grundrechtliche Prüfungsdichte des EuGH seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags. Er wandte sich zunächst der Entwicklung des Grundrechtsschutzes durch ungeschriebene Grundrechte auf der Gemeinschaftsebene zu. Dieser sei durch den EuGH zu einer reinen Vertretbarkeits- bzw. Evidenzprüfung ausgestaltet worden. In der Regel habe der Gerichtshof allenfalls die Geeignetheit und Erforderlichkeit der angegriffenen Maßnahme geprüft, aber keine Abwägung der betroffenen Individual- und der öffentlichen Interessen vorgenommen. Dem europäischen Gesetzgeber habe er einen weiten Einschätzungsspielraum eingeräumt. Als Gründe für diese eingeschränkte Prüfung seien anfangs wohl, so *Schroeder*, integrationspolitische Gesichtspunkte herangezogen worden sein. Später sei häufig auf den Gesichtspunkt der Gewaltenteilung zwischen Unionsgesetzgeber und -gerichten abgestellt worden. Schließlich habe auf Unionsebene kein Konsens über den Inhalt der Grundrechte und die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen geherrscht. Dies habe sich erst mit der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta geändert. Sie enthalte einen normativen Hebel für die Neupositionierung der Grundrechtskontrolle und habe so einen Konstitutionalisierungsschub bewirkt. Seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags habe der EuGH auf der neuen normativen Basis der Grundrechtecharta die grundrechtliche Kontrolldichte erhöht und führe – von gelegentlichen Ausreißern abgesehen – eine strengere dreistufige Verhältnismäßigkeitsprüfung durch. Zum Schluss betonte *Schroeder*, dass eine intensiviert Grundrechtskontrolle durch den EuGH angesichts der stetig wachsenden Hoheitsgewalt der Union und der Ausweitung des Grundrechtsschutzes auf nationale Maßnahmen durch die *Åkerberg Fransson*-Judikatur auch unerlässlich sei.

Der letzte Referent, *Christoph Grabenwarter*, warf schließlich einen Blick

in die Zukunft und ging der Frage nach, ob der Beitritt der Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention zu einer Verbesserung des Grundrechtsschutzes führen werde. Im April 2013 sei zwischen Vertretern der EU und den Mitgliedstaaten des Europarats Einigkeit über den Text eines Beitrittsabkommens erzielt worden, das der EU den Beitritt zur EMRK selbst sowie zum 1. und 6. Zusatzprotokoll ermöglichen solle. Eine wesentliche Voraussetzung für den Beitritt sei der sog. „co-respondent mechanism“, der es sowohl der Union als auch einem Mitgliedstaat – je nach Fallkonstellation – erlaube, dem Verfahren auf Seiten des Beklagten beizutreten. In Fällen, in denen der EuGH vor Erhebung der Beschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) noch nicht mit der Sache befasst gewesen sei, sei sein „prior involvement“ vorgesehen. Zurzeit prüfe der EuGH im Rahmen eines Gutachtens, ob der Beitrittsvertrag mit dem Unionsrecht vereinbar sei. Vieles spreche dafür, so *Grabenwarter*, dass eine Änderung des unionalen Primärrechts erforderlich sei, bevor das Abkommen ratifiziert werden könne.

Schon heute enthielten EMRK und Grundrechtecharta Harmonisierungsregelungen, um Normenkonflikte zu vermeiden. EGMR und EuGH nähmen auf Urteile des jeweils anderen Gerichtshofs häufig Bezug, was sich nach einem Beitritt noch verstärken werde, und ihr Zusammenwirken sei von gegenseitiger Rücksichtnahme geprägt. Eine Zurücknahme der Kontrolle, wie sie der EGMR gegenüber dem EuGH im *Bosphorus*-Urteil von 2005 vorgenommen habe, sei allerdings nach einem Beitritt nicht mehr möglich. Während sich früher der EuGH an der EMRK und der entsprechenden Rechtsprechung des EGMR orientiert habe, sei es heute eher umgekehrt. Bei der Ausweitung der Schutzbereiche könne sich der EGMR heute argumentativ auf die modernere Grundrechtecharta stützen, die dem Grundrechtsschutz vor allem im Bereich der Diskriminierungsverbote und der justiziellen Grundrechte ihren Stempel aufgedrückt habe. Die Möglichkeit der Beschwerdeführer, einen Streit entweder im Vorabentscheidungsverfahren frühzeitig vor den EuGH oder aber nach Durchschreiten der Instanzen vor das Bundesverfassungsgericht und dann vor den EGMR zu bringen (sog. forum shopping), werde bestehende Ansätze der Erhöhung des Schutzniveaus verstärken. Das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem Bundesverfassungsgericht weise im Gefolge der *Åkerberg Fransson*-Judikatur zum Anwendungsbereich der

europäischen Grundrechte Unklarheiten auf, die eine differenzierte Prüfung im Einzelfall erforderten. Insgesamt sei die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte beim Grundrechtsschutz im Mehrebenensystem gewichtig. Denn die Häufigkeit der Grundrechtsprüfungen durch den EuGH hänge auch von deren Bereitschaft ab, bei Überschneidungen der Zuständigkeitsbereiche die europäischen Grundrechte in ihren Kontrollmaßstab aufzunehmen und dem EuGH Fragen zu deren Auslegung vorzulegen. Im Ergebnis könne man davon ausgehen, dass das Schutzniveau durch einen Beitritt der EU zur EMRK steigen werde, wobei dies weniger als Folge einer dominanten Rolle des EGMR als vielmehr durch das Zusammenwirken der Grundrechtsschichten erreicht werden werde.

In der abschließenden Diskussion wies *Grabenwarter* auf Nachfrage darauf hin, dass das Verhältnis zwischen den speziellen Schranken der wirtschaftlichen Grundrechte in Art. 15 bis 17 der Grundrechtecharta zu den allgemeinen Schranken des Art. 52 GrCh noch nicht geklärt sei. Eine Klärung müsse die Rechtsprechung in den nächsten Jahren herbeiführen. Auf mehrere Einwände die unterschiedlichen Schutzstandards zwischen deutschen und europäischen Grundrechten betreffend, erklärten die Referenten, dass Reibungsverluste in einem Grundrechtsschutz auf mehreren Ebenen, wie er sich in Europa entwickle, unvermeidlich seien. Sie könnten aber durch bestimmte Verfahren und Gespräche zwischen den Gerichten sowie durch materielle Konvergenzvorschriften abgemildert werden. Einige Fragen betrafen den Vorschlag *Mayers*, Art. 4 Abs. 2 EUV als Abwehrmechanismus gegen den Unionsgesetzgeber zu nutzen. *Mayer* betonte, dass diese Auslegung noch nicht Stand der Rechtsprechung, sondern eine Entwicklungsmöglichkeit sei. Eine solche Möglichkeit erfordere aber ein Gespräch zwischen den beiden betroffenen Rechtsebenen, obschon das Bundesverfassungsgericht bisher die Deutungshoheit über den Gegenstand der Verfassungsidentität eher für sich beansprucht habe. *Grabenwarter* stimmte ihm zu und wies darauf hin, dass die Mitgliedstaaten anderenfalls beliebig von Art. 4 Abs. 2 EUV Gebrauch machen könnten. Insgesamt war man sich einig, dass es angesichts einer strikteren Grundrechtskontrolle des EuGH in jüngerer Zeit zu einer Verbesserung des europäischen Grundrechtsschutzes gekommen sei, die sich nach einem Beitritt der EU zur EMRK noch verstärken dürfte.

Als Resümee lässt sich festhalten, dass auch knapp fünf Jahre nach Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags die Gefahr einer übermäßigen Inanspruchnahme der Harmonisierungsklausel des Art. 114 AEUV zur Verwirklichung des Binnenmarktes nicht von der Hand zu weisen ist. Da der Vorschlag, diese Norm einfach abzuschaffen, im politischen Raum wohl nicht durchsetzbar sein dürfte, bleibt nur der Appell an den EuGH, die von ihm herausgearbeiteten Kriterien auch konsequent anzuwenden. Ähnlich verhält es sich mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip, das die gerade von deutscher Seite geäußerten Erwartungen an seine Begrenzungswirkung bisher nicht erfüllt hat. Auch wenn man der umstrittenen These *Nettesheims* nicht folgen mag, sondern an der Charakterisierung der Subsidiarität als materielles und justiziables Rechtsprinzip festhalten möchte, lässt sich nicht bestreiten, dass das Subsidiaritätsprinzip trotz der prozeduralen Änderungen im Lissabonner Vertrag als Kompetenzausübungsschranke für den Unionsgesetzgeber in der Praxis kaum eine Rolle spielt. Vielleicht sollte man hier aber die weitere Entwicklung noch einmal abwarten, da sich die neuen Mechanismen erst einspielen müssen.

Deutlich positiver fällt die Bestandsaufnahme im Bereich des Grundrechtsschutzes aus. Seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrages und der damit einhergehenden Rechtsverbindlichkeit der Grundrechtecharta hat der EuGH seine Prüfungsintensität in Grundrechtsfragen erhöht. Auch wenn es gelegentlich zu „Ausreißern“ kommt, ist die Tendenz zu einer detaillierten Verhältnismäßigkeitsprüfung mit entsprechender Interessenabwägung deutlich sichtbar. Hervorzuheben ist auch, dass die Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten neben der Grundrechtecharta nicht bedeutungslos werden, sondern durch ihre Dynamik zu einer kontinuierlichen Anpassung des Grundrechtsschutzes auf der Unionsebene an neue Grundrechtsgefährdungen beitragen können. Ist schon das Verhältnis zwischen nationalem und EU-Grundrechtsschutz schwierig zu bestimmen, so wird der Beitritt der EU zur EMRK den Mehrebenenschutz noch komplexer und komplizierter gestalten. Dennoch kann man davon ausgehen, dass der europäische Grundrechtsschutz insgesamt weiter verstärkt wird. Hierfür bedarf es zuallererst eines vertrauensvollen Zusammenwirkens der Gerichte – EGMR, EuGH und nationale Verfassungsgerichte –, um die unvermeidlichen



Reibungsverluste möglichst zu minimieren. Zu einer Einschränkung des Unionsgesetzgebers zugunsten der Regelungskompetenzen der Mitgliedstaaten lassen sich die Grundrechte dagegen wegen ihrer besonderen, auf das Individuum bezogenen Schutzrichtung nicht heranziehen. Allenfalls könnte man, wie *Franz Mayer* vorgeschlagen hat, die in Art. 4 Abs. 2 EUV enthaltene Verpflichtung der Union, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten, in Einzelfällen als Abwehrmechanismus gegenüber Unionsregelungen in Stellung bringen, wenn es sich bei bestimmten Grundrechten um Teile der nationalen Identität handelt. Dies dürften die Mitgliedstaaten bzw. ihre Verfassungsgerichte aber nicht allein entscheiden. Vielmehr bedürfte es hierzu des Dialogs mit dem EuGH, etwa im Wege des Vorlageverfahrens. Zum Abschluss des Symposiums wurde daran erinnert, dass man angesichts der Kämpfe in der Ukraine und in anderen Teilen der Welt trotz aller berechtigter Kritik an der Handhabung der Kompetenzfragen und des Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene im Blick behalten müsse, welche zivilisatorische Leistung die Schaffung der europäischen Rechtsgemeinschaft darstelle. Diese Errungenschaft sollten wir bewahren und mit Augenmaß weiterentwickeln!

## Autorenverzeichnis

### **Prof. Dr. Doris König, M.C.L.**

Richterin des Bundesverfassungsgerichts  
Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhl für Internationales Recht  
Bucerius Law School, Hamburg

Doris König ist seit Juni 2014 Richterin des Bundesverfassungsgerichts. Nach ihrem Studium der Rechtswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und University of Miami (M.C.L.) und ihrer Promotion folgte 1998 ihre Habilitation mit einer Arbeit zur verfassungsrechtlichen Problematik des europäischen Integrationsprozesses. Seit 2012 ist sie Inhaberin des Claussen-Simon-Stiftungslehrstuhls für Internationales Recht an der Bucerius Law School, deren Präsidentin sie seit 2012 ist. Zuvor war sie seit dem Jahr 2000 Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Allgemeine Staatslehre, Völker- und Europarecht an der Bucerius Law School. Seit 2004 ist Doris König Vorsitzende der in Hamburg gegründeten Stiftung für Internationales Seerecht und Mitglied des Völkerrechtswissenschaftlichen Beirats des Auswärtigen Amtes, seit 2007 Mitglied des Vorstands der Studienstiftung des deutschen Volkes und seit 2008 Mitglied des Schiedshofs in Den Haag. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen im Recht der europäischen Integration, dem internationalen See- und Umweltrecht mit seinen Bezügen zum internationalen Wirtschaftsrecht und dem internationalen Menschenrechtsschutz.

### **Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.**

Hengeler Mueller  
Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB  
Düsseldorf

Dirk Uwer ist Partner der Sozietät Hengeler Mueller. Nach dem Studium

der Rechts-, Verwaltungs-, Sprach- und Literaturwissenschaften in Trier, Ferrara, Speyer, Berlin und Newcastle und der Assistenzzeit beim späteren Bundesverfassungsrichter Udo Di Fabio und seinem Lehrstuhlvorgänger Michael Klopfer promovierte er an der Humboldt-Universität (s.c.l.) mit einer Dissertation zur Europäischen Menschenrechtskonvention und graduierte mit Spezialisierung im Europarecht zum Master of Laws (LL.M.) und zum Magister der Verwaltungswissenschaften (Mag.rer.publ.). Rechtsanwalt in Düsseldorf seit 1999 - mit längeren Stationen in Berlin und London -, ist er auf Öffentliches Wirtschaftsrecht und Regulierungsrecht spezialisiert, mit Schwerpunkten im deutschen und europäischen Umweltrecht, Energierecht und Arzneimittelrecht sowie im Datenschutzrecht. Auf diesen Gebieten hat er zahlreiche Publikationen vorgelegt; Lehraufträge und Gastvorträge führen ihn regelmäßig an Hochschulen im In- und Ausland.

### **Prof. (em.) Dr. Dr. h.c. Wernhard Möschel**

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,  
Europarecht und  
Rechtsvergleichung  
Eberhard Karls Universität Tübingen

Wernhard Möschel ist Professor emeritus an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Von 1973 bis 2009 war er dort Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Europarecht und Rechtsvergleichung. Nach dem Studium der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Münster, München und Genf folgte die Promotion in Münster und 1972 die Habilitation an der Universität Bielefeld. Wernhard Möschel war Mitglied zahlreicher Kommissionen und wissenschaftlicher Vereinigungen, u.a. der Monopolkommission (1989-2000) und dem wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (1987-2004), sowie dem Kronberger Kreis (1984-2012) und dem Senat der Leibnitzgemeinschaft (2002-2010). Er ist seit 1995 Vorstand des Walter-Eucken-Institut, seit 2001 Mitglied des Stiftungsrates der F.A. von Hayek-Stiftung (seit 2010 als Vorsitzender) und gehört seit 1988 der Mont Pelèrin Society an. Für seine Leistungen wurde Wernhard Möschel u.a. mit der

Friedrich August von Hayek-Medaille (2000) und dem Ludwig-Erhard-Preis für Wirtschaftspublizistik (1995) ausgezeichnet. 2012 verlieh ihm die Juristische Fakultät der Universität Athen die Ehrendoktorwürde. Wernhard Möschel hat umfangreich zu Themen des Europarechts, des Handels- und Wirtschaftsrechts und des Bürgerlichen Rechts publiziert.

**Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur.**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht  
Freie Universität Berlin

Christian Calliess ist seit 2008 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Freien Universität Berlin. 2009 wurde ihm ein ad personam Jean-Monnet-Lehrstuhl für Europäische Integration verliehen. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften in Saarbrücken und Göttingen sowie dem Collège d'Europe in Brügge/Belgien (LL.M.) folgte 1995 die Promotion zum Thema „Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union“ und im Jahr 2000 seine Habilitation. Christian Calliess ist seit 2008 Mitglied im Sachverständigenrat der Bundesregierung für Umweltfragen (SRU) sowie Richter im Nebenamt am Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg. Er ist als Sachverständiger für Bundestag und Bundesrat sowie als Prozessvertreter für den Bundestag vor dem BVerfG in europa- und verfassungsrechtlichen Fragen aufgetreten. Christian Calliess hat neben seinen Herausgeberschaften für die Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS), für die Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), für die Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht (EurUP) sowie für das Journal for European Environmental & Planning Law (JEEPL) umfangreich zu Themen des Europa- und Verfassungsrechts sowie des Umwelt- und Planungsrechts geforscht und publiziert.

**Prof. Dr. Martin Nettesheim**

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht  
Eberhard Karls Universität Tübingen

Martin Nettesheim ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht und Völkerrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Er ist Direktor des Tuebingen Center for International Economic Law. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Freiburg und Berlin folgte im Jahr 1993 die Promotion und 1999 die Habilitation. Martin Nettesheim ist unter anderem Mitglied der International Trade Law Group der International Law Association, Mitglied des Council des European Law Institute, Generalsekretär der Societas Iuris Publici Europaei (SIPE) und Vorsitzender der Gesellschaft für Rechtspolitik (GfR). Martin Nettesheim vertritt den Deutschen Bundestag im anhängigen Verfassungsgerichtsverfahren zur Rechtmäßigkeit des ESM und des Handelns der EZB. Darüber hinaus ist er vielfach in Verfahren vor dem BVerfG, dem EuGH und dem EGMR aufgetreten. Martin Nettesheim hat eine Vielzahl von Aufsätzen und Beiträgen insbesondere im Bereich des Europarechts und des Wirtschaftsvölkerrechts verfasst.

### **Prof. Dr. Walter Obwexer**

Institut für Europarecht und Völkerrecht  
Universität Innsbruck

Walter Obwexer ist seit 2008 am Institut für Europarecht und Völkerrecht an der Universität Innsbruck in Österreich als außerordentlicher Universitätsprofessor tätig. Seit 2012 hat er dort den Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Internationale Beziehungen inne. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Innsbruck folgte 1998 seine Promotion und 2008 seine Habilitation. Walter Obwexer ist Mitglied des „Team Europe“ der Europäischen Kommission (seit 1998) und des „EU-Beirates“ der österreichischen Bundesregierung (seit 2002) sowie Vorstandsmitglied von ECSA-Austria (seit 2008). Er ist wissenschaftlicher Berater des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie in Transitangelegenheiten und des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung in Fragen des Universitätszuganges sowie der Tiroler Landesregierung in EU-Fragen. Ihm wurde der Jean Monnet Wissenschaftspreis für Europarecht (1. Rang; 1999), der Förderungspreis für Wissenschaft des Landes Tirol (2003) und

der Forschungspreis der Landeshauptstadt Innsbruck (2011) verliehen. Walter Obwexer forscht und publiziert insbesondere zu Themen des EU-Rechts.

**Prof. Dr. Werner Schroeder, LL.M. (Berkeley)**

Institut für Europarecht und Völkerrecht  
Universität Innsbruck

Werner Schroeder ist seit 2001 Universitätsprofessor am Institut für Europarecht und Völkerrecht an der Universität Innsbruck in Österreich (Jean Monnet-Professur). Seit 2005 ist er Leiter dieses Instituts. Werner Schroeder studierte Rechtswissenschaften an den Universitäten Passau, Genf und Berkeley (LL.M.). Auf seine Promotion im Jahr 1989 folgte 1999 die Habilitation. Werner Schroeder ist u.a. Mitglied des wissenschaftlichen Beirats des Bundes für Lebensmittelrecht und Lebensmittelkunde e.V., Bonn (BLL), Mitglied des Centrums für Europarecht an der Universität Passau (CEP) und Mitglied der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL). Die Forschungsschwerpunkte von Werner Schroeder liegen im Europäischen Verfassungsrecht und im Europäischen Wirtschaftsrecht. Er hat u.a. zur europäischen Kompetenz- und Gesetzgebungslehre, zur Rechtsquellenlehre, zur Methodik des Unionsrechts sowie zu den Grundrechten und deren Schutz in der Europäischen Union publiziert. Außerdem hat er sich ausführlich mit dem Binnenmarktrecht, den Grundfreiheiten und der Harmonisierungstätigkeit der Union auseinandergesetzt.

**Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M. (Yale)**

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht,  
Rechtsvergleichung und Rechtspolitik  
Universität Bielefeld

Franz C. Mayer ist seit 2007 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht, Rechtsvergleichung und Rechtspolitik an

der Universität Bielefeld. Franz Mayer studierte Rechtswissenschaften, Politikwissenschaft und Neueren Geschichte an den Universitäten Bonn, Paris, München und Yale (LL.M.). Auf seine Promotion im Jahr 1999 folgte 2005 die Habilitation. 2008/2009 vertrat Franz C. Mayer den Deutschen Bundestag vor dem Bundesverfassungsgericht im Verfahren zum Vertrag von Lissabon und 2010/2011 den Deutschen Bundestag vor dem BVerfG in den Verfahren um die Griechenlandhilfe und den Eurorettungsschirm. Franz C. Mayer ist u.a. Mitglied des Arbeitskreises Europäische Integration (AEI), der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VDStRL), der Deutschen Gesellschaft für Internationales Recht (DGIR) sowie der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Seit 2007 ist er „Membre associé“ am Centre de Recherche sur l’Union Européenne (CRUE), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. 1987 wurde ihm der Straßburg-Preis der Stiftung F.V.S. Hamburg verliehen.

### **Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter**

Institut für Europarecht und Internationales Recht  
Wirtschaftsuniversität Wien

Christoph Grabenwarter ist seit 2008 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Völkerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien in Österreich. Er studierte Rechtswissenschaften und Handelswissenschaft in Wien. Nach den Promotionen zum Dr. jur. (1991) und zum Dr. rer.soc.oec. (1994) habilitierte er sich im Jahr 1997. Im Jahr 1991 war er Mitglied des Sekretariats der Europäischen Menschenrechtskommission, von 2003-2005 ad hoc-Richter des EGMR. Seit 2005 ist er Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof. Christoph Grabenwarter ist seit 2006 österreichisches Mitglied der Venedig-Kommission „Democracy through Law“, dort seit 2010 Präsident des Joint Council on Constitutional Justice. Gegenwärtig arbeitet er als Mitglied der Arbeitsgruppe des Europarates zur Brighton-Erklärung zur Zukunft des EGMR an Reformvorschlägen für den Gerichtshof mit. Seit 2012 ist Christoph Grabenwarter Vizepräsident des Österreichischen Juristentages. Christoph Grabenwarter forscht und publiziert insbesondere zum europäischen



Grundrechtsschutz.

**Das Symposium und die Drucklegung des Tagungsbandes  
wurden gefördert mit Mitteln von**



Bund für Lebensmittelrecht  
und Lebensmittelkunde e.V.

**und**



PHILIP MORRIS INTERNATIONAL

**und unterstützt von der**

— STIFTUNG —  
Marktwirtschaft

**als Kooperationspartner.**